



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/)

EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CAMBIOS DE PARADIGMAS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CHILENO: DE LAS POTESTADES Y PRIVILEGIOS A LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

IZASKUN LINAZASORO ESPINOZA

Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de Chile

izaskun.linazasoro@gmail.com

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Origen y concepto de buena administración; 2.1. Concepto dogmático; 2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza; 2.3. El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa; 2.4. Derecho Administrativo Global; 2.5. Jurisprudencia Europea; 2.6. Principios que conforman el derecho a una buena administración; 3. Bases normativas que permiten construir un concepto de buena administración en Chile; 3.1. Normativa constitucional y el interés general; 3.1.1. Artículo 1 inciso cuarto: núcleo de la buena administración; 3.1.2. Otras normas constitucionales; 3.1.3. Derechos Fundamentales: Artículo 19 de la Constitución Política de la República; 3.1.4. Control y Responsabilidad; 3.2. Bloque de legalidad administrativa; 3.2.1. Principios consagrados en nuestra legislación; 3.2.2. Normas de probidad; 3.2.3. Normas de transparencia; 4. La normativa y jurisprudencia chilena: su relación con el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 4.1. Construcción de un “derecho a una buena administración” en Chile; 4.2. Construcción del principio de buena administración en base a la jurisprudencia; 4.2.1. Medidas de “buena administración”; 5. Conclusiones.

RESUMEN: A pesar de no estar reconocido en Chile, el derecho a una buena administración pública consagrado en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede ser identificado a través de la sistematización su normativa legal y constitucional y de los principios que rigen el derecho administrativo chileno. De hecho, realizando una comparación de la jurisprudencia tanto judicial como administrativa chilena y europea, podemos concluir que los principios y derechos de buena administración, se consagran de forma dispersa y que son ampliamente utilizados para exigir estándares de conducta a la Administración del Estado, de forma muy similar a lo que sucede en Europa. Sin embargo, el problema está en que la falta de sistematización del ordenamiento administrativo nos impide consagrar explícitamente este derecho, sin antes replantear todo el sistema en su conjunto, con sus paradigmas, principios y fines.

PALABRAS CLAVE: Derecho a una buena administración pública, transparencia, derecho a una resolución administrativa motivada, derecho a reparación de daños causados por la administración, interés general.

RESUM: Malgrat no estar reconegut a Xile, el dret a una bona administració pública consagrat en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea pot ser identificat a través de la sistematització la seva normativa legal i constitucional i dels principis que regeixen el dret administratiu xilè. De fet, realitzant una comparació de la jurisprudència tant judicial com administrativa xilena i europea, podem concloure que els principis i drets de bona administració, es consagren de forma dispersa i que són àmpliament utilitzats per exigir estàndards de conducta a l'Administració de l'Estat, de forma molt similar al que succeeix a Europa. No obstant això, el problema està en què la falta de sistematització de l'ordenament administratiu impedeix consagrar explícitament aquest dret, sense abans replantejar tot el sistema en el seu conjunt, amb els seus paradigmes, principis i finalitats.

PARAULES CLAU: Dret a una bona administració pública, transparència, dret a una resolució administrativa motivada, dret a reparació de danys causats per l'administració, interès general.

ABSTRACT: Although not recognized in Chile, the right to a good public administration included in the Charter of Fundamental Rights of the European Union can be identified through the systematization of norms, constitutional regulations and principles of the Chilean Administrative Law. In fact, by comparing Chilean and European judicial and administrative jurisprudence, it can be observed that good administration's principles and rights are untidily legitimized and that, similarly to what currently happens in Europe, they are widely employed for claiming standards of conduct to the public administration. Nevertheless, the lack of systematization of the administrative system impedes to explicitly legitimize the right to a good public administration without reconsidering the entire legal system, including its paradigms, principles and aims.

KEYWORDS: Right to a good public administration, transparency, right to a reasoned administrative decision, right to compensation for damages caused by the administration, general interest

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge a partir de una percepción respecto del Derecho Administrativo: hoy en día, la construcción clásica sobre la cual reposa esta rama del derecho, a saber, el estudio de las potestades y privilegios de la administración¹, va siendo superada por una concepción que pone su énfasis en los derechos de los ciudadanos, con un compromiso en la mejora de las condiciones de vida de los mismos y el buen funcionamiento de las instituciones.

Los paradigmas del Derecho Administrativo han evolucionado, el estudio del mismo ya no se centra en cómo limitar el poder de la Administración, sino en cómo administrar mejor y más eficientemente los recursos. Es así como nacen nuevos modelos de gestión pública, como la eficiencia, la eficacia y la buena administración. Surgen como grandes principios a los que todo debe propender. El mundo se ha ido complejizando y globalizando y con ello, el Derecho Administrativo. Como señala el profesor JULI PONCE SOLÉ “es cada vez más difícil hablar de la actuación administrativa como pura ejecución de una norma” (Ponce Solé, 2001 p. 36).

Ya a fines de la década pasada, los autores CAROL HARLOW y RICHARD RAWLING comienzan a analizar el derecho administrativo como un complejo entramado de ideologías y posiciones políticas, consagrando lo que hoy conocemos como la *Red and Green Light Theory* [teorías de la luz roja y la luz verde]².

La “teoría de la luz roja”, la caracterizan como aquella visión del derecho administrativo preocupada de limitar los poderes de la administración y del control y es así como señalan:

“it is not surprising, therefore, to find many authors believing that the primary function of administrative law should be to control excesses of state power and, more precisely, subject it to the rule of the law courts. Light-heartedly, we have called this conception of

¹ Es así como lo contextualiza el profesor CARLOS FERRADA, J. (Ferrada, 2007. p.70), señalando que es una concepción propia del derecho administrativo continental, alejada de la concepción liberal anglosajona. A su vez, el profesor MONTT, S., se refiere a esta concepción señalando que “la vocación epistemológica del Derecho Público en general y del administrativo en particular es comprender el misterio del poder y su materialización contemporánea en la forma de Estado. Esto se explica desde el origen del derecho administrativo. En palabras de GARCÍA ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, el derecho administrativo surge “como una reacción directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo” (Montt, 2010. p.3).

² Es necesario hacer la misma prevención que realizan los autores en su obra: tanto la teoría de la luz roja como la teoría de la luz verde se originaron a principios y mediados del siglo pasado, por lo que es necesario entender su contexto histórico e ir matizándolas para la realidad actual.

administrative law 'red light theory' because of its emphasis on control”³ (Harlow y Rawlings, 2009. p. 23).

Son, en definitiva, aquellas visiones del derecho administrativo que se enfocan en las restricciones que tiene que tener el Estado, el control del poder y la protección de la libertad individual.

La otra cara de esta teoría, CAROL HARLOW y RICHARD RAWLING la denominan la “teoría de la luz verde”, la cual está enfocada en ver el derecho administrativo como un instrumento para lograr el bien común, como un instrumento de eficiencia y eficacia de la actividad estatal. En palabras de los autores, “*(the) green light theory sees in administrative law a vehicle for political progress and welcomes the 'administrative state'*”⁴ (Harlow y Rawlings, 2009. p. 23).

Es así como podemos ver que los paradigmas que sientan las bases del derecho administrativo han ido evolucionando y es en este contexto y a partir de propuestas como the green light theory, que surgen nuevos enfoques que permiten entender por ejemplo, la consagración de un derecho a una buena administración pública.

La actividad administrativa, con este nuevo paradigma, con esta nueva sociedad, se expresa como una *garantía* para la toma de decisiones discrecionales de calidad, debidamente motivadas y como resultado de un procedimiento participativo.

Bajo esta nueva perspectiva, la actividad de la administración se centra en el ciudadano, y su objetivo es propender a su bienestar y desarrollo. Toda su actividad debe apuntar a garantizar el bien común, consagrado en nuestra Constitución Política de la República (CPR). Las nuevas corrientes de catedráticos administrativistas, han dado cuenta de este cambio, propugnando ideas como una fuerte participación ciudadana sea base de la actividad administrativa, y la ampliación de la legitimación activa para exigir una buena administración, no sólo a los interesados en un procedimiento administrativo, sino también en algunos casos a los ciudadanos en general (Ponce Solé, 2001. p. 41). Estos nuevos pensamientos comienzan a impregnarse en nuestro ordenamiento, como manifestaciones del cumplimiento del mandato

³ Traducción libre: No es sorprendente, por lo tanto, encontrar muchos autores que creen que la función primaria del Derecho Administrativo debería ser controlar los excesos del poder estatal y, más precisamente, someterlo al rule of law de las cortes. Con alguna ligereza, hemos llamado a esta concepción del Derecho Administrativo como “teoría de luz roja” debido a su énfasis en el control.

⁴ Traducción libre: la teoría de la luz verde ve en el derecho administrativo un vehículo para el progreso político y le da la bienvenida al “Estado Administrativo”.

general de bien común. En el fondo, el objetivo es el mismo desde el origen del Estado Moderno, pero la forma de llegar a él ha ido cambiando.

Nuestra Carta Fundamental de 1980, no contempla de forma explícita el principio o derecho a una buena administración, pero es posible extraer de todo el ordenamiento jurídico que rige a la Administración del Estado, principios constitucionales que deben ser observados por la Administración en su actividad, para el cumplimiento de su fin último, el bien común. El interés general, a su vez, es cada día más demandado por los ciudadanos, a través del ejercicio de distintas facultades y derechos que les otorga la normativa legal. Existe un control del actuar de la Administración cada vez más fuerte y permanente, por parte de los administrados, lo que ha llevado a reformular y regular la forma en que se desarrolla la función administrativa del Estado. Es así como pareciera existir un derecho a exigir una buena administración pública, aunque ello no se contemple expresamente en las normas jurídicas.

Este trabajo intentará identificar las bases que permiten construir en Chile, no sólo el deber general a una buena administración, sino un derecho a exigir una buena administración consagrado en la Constitución y como principio informante, que permea todo el ordenamiento jurídico administrativo.

Para esto se efectuará un análisis en primer lugar, del concepto de *buena administración* y su origen en el derecho comunitario europeo. En segundo lugar, se realizará una sistematización tanto de las normas constitucionales como las normas de derecho administrativo que permiten construir esta idea de buena administración desde el derecho chileno. En tercer lugar, se hará un paralelo entre la legislación comunitaria europea y la legislación chilena, para definir si en definitiva tenemos o no consagrado en Chile un derecho a una buena administración, terminando con un análisis jurisprudencial de aquellos fallos y dictámenes que recojan principios de buena administración. Para concluir, se intentará analizar la naturaleza jurídica que puede tener la buena administración en el derecho chileno.

2. ORIGEN Y CONCEPTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

2.1. Concepto dogmático

El origen jurídico del concepto de “*buena administración*”, puede ser enfocado desde varias aristas. La famosa frase de MAURICE HAURIOU, “*l’Administration ne doit pas se borner à être*

correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s'efforcer d'être habile"⁵, evoca ya, de cierta forma, la idea de una Administración que va más allá de la mera ejecución de la ley (Hauriou, 1893. núm. 83). Ya a principios del siglo XX, el jurista francés hablaba del concepto de "*Bonne Administration*", si bien no como un deber u obligación jurídica para el Estado, más bien desde una perspectiva de moralidad administrativa (Ponce Solé, 2001. p. 128). Se ha dicho que :

*"sous la plume de Maurice Hauriou, montre que les contours et les enjeux de cette expression remontent aux origines mêmes du contentieux administratif et plus particulièrement, à l'élargissement du recours pour excès de pouvoir"*⁶ (Bousta, 2010. p. 70).

En este sentido, es posible reafirmar que en la época de oro del derecho administrativo francés no se hablaba de buena administración como un derecho ni como un principio jurídico exigible.

Normativamente, el concepto no surge hasta la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (o Carta de Niza) en el año 2000, que lo define, como veremos más adelante, como un conjunto de derechos específicos.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, define buena administración dando una connotación más política:

"aquella que cumple con las funciones que le son propias en democracia. Es decir, una Administración Pública que sirva a la ciudadanía, que realice su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se oriente continuamente al interés general. Un interés general que en el Estado social y democrático de Derecho reside en la mejora permanente e integral de las condiciones de vida de las personas" dando una definición más política (Rodríguez-Arana, 2013. p. 18).

Por otro lado, LUCIO PEGORARO señala que la buena administración "es una visión teórica, no es un derecho, es el objetivo mismo del Estado" (Pegoraro, 2011. p. 40).

Como señala CARMEN MARÍA ÁVILA, el hecho de reconocer la buena administración como principio o como derecho, no es una cuestión pacífica:

⁵ Traducción libre: la Administración no debe limitarse a ser correcta y respetuosa con la ley; ella debe esforzarse por ser "inteligente".

⁶ Traducción libre: bajo la pluma de Maurice Hauriou, se muestra que los contornos y las implicaciones de esta expresión se remontan a los orígenes del contencioso administrativo y en particular, a la ampliación del recurso por exceso de poder.

“sobre todo porque aunque los nuevos Estatutos de Autonomía lo definen como un auténtico derecho, el Tribunal Constitucional ha puesto en cuestión que a través de una norma institucional básica de las Comunidades Autónomas se puedan establecer auténticos derechos” (Ávila Rodríguez, 2011. p. 132).

Es decir, el Tribunal Constitucional controvierte la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan un derecho subjetivo que no está reconocido expresamente en la Constitución española (*Ibid.*, p. 143).

La autora francesa, RHITA BOUSTA, en su tesis doctoral, propone una definición propia de la noción de buena administración, y la define como “*l’adaptation équilibrée des moyens de l’administration publique*”⁷ (Bousta, 2010 p. 169). Luego, hace un análisis dividiendo en dos su definición. En primer lugar, analiza “la adaptación de los medios de la administración” y en ese sentido, distingue según dos categorías clásicas de medios, a saber, la “eficiencia” respecto de los recursos económicos y el “buen administrador”, en relación a los medios humanos. En una segunda parte, se refiere a la noción de equilibrio, para referirse al resultado de una ponderación razonable (Bousta, 2010. pp. 177-194).

JULI PONCE SOLÉ en cambio, se centra en el debido proceso como un vehículo a la noción de buena administración, en estricta relación con las facultades discrecionales, haciendo del debido proceso el soporte para una buena administración. Así, esta tesis se ha vuelto recurrente en el derecho administrativo español, reafirmada por autores tales como JOAQUÍN TORNOS MAS, ELISENDA MALARET GARCÍA Y FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ, y de la misma forma entenderán el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Ponce Solé, 2001).

Hay quienes, por su parte, lo describen como un estándar:

“aquella que adopta decisiones de calidad que valoran eficientemente todos los intereses en juego a través de cauces de acción abiertos y participativos materializados en el debido procedimiento administrativo” (Hernández, 2012. p. 211).

Se ha definido también en clave negativa como cuando se ha dicho que “se produce mala administración cuándo un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que

⁷ Traducción libre: la adaptación equilibrada de los medios de la administración. Se entiende la palabra medios, como recursos, tanto materiales como humanos, tecnológicos e intelectuales.

debe estar sujeto”⁸. Sin embargo, esta definición parece demasiado general e imprecisa, muy anticuada para los nuevos estándares de gestión pública que rigen hoy en día.

Podemos concluir que, para estos autores, si bien existe controversia respecto a si es un derecho, un principio, un deber del Estado o un estándar, la buena administración al menos es un objetivo y fin ineludible para un Estado de Derecho.

2.2. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea o Carta de Niza

Los Derechos Humanos y las libertades personales han servido para fijar límites, marcar obligaciones y establecer controles a la Administración. Dentro de las más modernas declaraciones de derechos, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que fue proclamada el año 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea. Esta Carta:

“va a incorporar un crecido número de derechos sociales y a la par, en el título dedicado a ‘Ciudadanía’, el quinto, va a ocuparse directamente de la Administración, introduciendo en la ‘declaración de derechos’ un conjunto de mandatos, que tienen que ver directamente con las Administraciones Públicas” (Martín-Retorrillo, 2011. p. 43-45).

Esta carta, ordena y sistematiza derechos que ya existían en los distintos textos legales de los países pertenecientes a la Unión Europea (UE). Su virtud es darles publicidad de cara a los ciudadanos y proporcionar seguridad jurídica en la aplicación del derecho comunitario (Viñuales, 2014. p. 329).

Consagra en su artículo 41, explícitamente el derecho a una buena administración, de forma inédita respecto del resto de las cartas de derechos fundamentales del mundo y “da un paso adelante en su protección, al recoger por primera vez en un texto de derecho positivo, con categoría de derecho fundamental, un derecho que hasta ahora se apoyaba sólo en el plano jurisprudencial” o que se encontraban dispersos en varios tratados comunitarios (*Ibíd.*). Este artículo consagra los siguientes derechos:

- Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, el derecho

⁸ Informe del Defensor del Pueblo Europeo del año 1997.

de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial y la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.

- Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
- Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

A su vez, el artículo 42 de la Carta, reconoce de forma autónoma el derecho al acceso a los documentos, señalando:

“Todo ciudadano de la Unión o toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro tiene derecho a acceder a los documentos de las instituciones, organismos y agencias de la Unión, cualquiera que sea la forma en que estén elaborados”.

Estos dos artículos “trazan un cánón europeo nada desdeñable que está llamado a proyectar una notable influencia en la reforma administrativa”, es decir, constituyen el núcleo y espíritu de lo que la Carta pretende como derecho a una buena administración para todos los países de la Unión Europea (Tomás, 2004. p. 28). Sin embargo,

“lo cierto es que dicho reconocimiento no supuso el nacimiento de un nuevo fenómeno, sino la inclusión bajo un nombre relativamente novedoso de una serie de derechos y principios por los que la Administración debía guiarse hace tiempo” (García Calvente, Yolanda, 2011. p. 13).

LUCIO PEGORARO, por otra parte, caracteriza el art. 41 como:

“una categoría intermedia entre los principios generales y los (verdaderos) derechos a actuar en situaciones específicas, perfectamente determinadas, e identificadas por la ley y la jurisprudencia” (Pegoraro, 2011. p. 40).

Es así como para PEGORARO, el derecho a una buena administración, aunque esté consagrado como tal en la Carta de la Unión Europea, no es un derecho propiamente tal⁹.

⁹ Esto se condice con el concepto que tiene este autor respecto de la buena administración, como se señala anteriormente, el derecho a una buena administración sería para Pegoraro, una visión teórica, no un derecho.

Podríamos decir, que el artículo 41 establece una serie de sub-derechos o principios que conforman el derecho a una buena administración. Estos se pueden sistematizar en:

1) Derecho a audiencia

Es una manifestación básica del principio contradictorio que implica el derecho a ser oído antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.

2) Derecho de acceso a expedientes

Los ciudadanos interesados pueden acceder a la “información de interés general que precisen como consecuencia de la obligación de servicio objetivo al interés general que grava la actuación de todos los entes públicos” (Rodríguez-Arana, 2014. p. 54). Este derecho a su vez incluye, el derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos, el derecho a conocer al responsable de su tramitación y el derecho a ser notificado por escrito o a través de nuevas tecnologías.

3) Derecho a una resolución administrativa motivada

Todas las actuaciones de la administración deben contener una fundamentación racional en que se sustente la decisión adoptada. Se relaciona con la discrecionalidad del acto en tanto “cuanto más extensa e intensa sea la discrecionalidad desde la que opere la Administración pública, la motivación será proporcionada al alcance del poder administrativo del que dispone la propia Administración” (Rodríguez-Arana, 2014. p. 52).

4) Derecho a reparación de los daños causados

Este derecho está conformado por el derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones a bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de servicios de responsabilidad pública y el derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la administración.

5) Derecho a dirigirse a las instituciones en las lenguas oficiales de los tratados.

De todas maneras es posible advertir, que la definición del derecho a una buena administración no es del todo certera en la Carta, es un concepto abierto, una lista no exhaustiva (Mendes, 2009. párrafo 2).

Ahora cabe preguntarse ¿cuál es el valor jurídico que se le otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la aplicación práctica? Justamente la importancia de la consagración del derecho a una buena administración en la Carta, es precisamente que los derechos contenidos en ella, son derechos susceptibles de invocabilidad directa ante los

Tribunales de cada país de la Unión Europea (Rodríguez-Arana, 2011. p. 101). Es así, como el derecho a una buena administración pasa de ser una declaración de principios contenidos en diversos instrumentos y reconocido (aunque no sistemáticamente) por la jurisprudencia europea, a ser un derecho directamente exigible, con consagración en clave de derecho fundamental.

Respecto de los principios generales del derecho comunitario, países como Francia le otorgan un importante valor jurídico. Se señala incluso:

*“le Conseil d’État admet leur pleine valeur juridique et leur supériorité sur la loi, mais seulement lorsque la situation dont il a à connaître est régie par le droit de l’UE”*¹⁰
(Ricci, 2014. p. 16).

Desde su proclamación en el año 2000, los contenidos de la Carta de Niza comenzaron a aplicarse, primero por los Abogados Generales, después por el Tribunal de Primera Instancia y, a partir del año 2006 por el Tribunal de Justicia en forma directa, aunque ya habían sido proclamados por dicho tribunal como principios generales de derecho (Viñuales, 2014. p. 328).

En último punto, es necesario preguntarnos ¿cómo se garantiza efectivamente el derecho a una buena administración en el sistema europeo?

Dentro del sistema europeo de Derechos Humanos, aparece una figura de especial relevancia, que figura como una especie de Alto Comisionado del Parlamento Europeo, mediador entre las instituciones y el pueblo: el Defensor del Pueblo Europeo, que se configura como uno de los mecanismos de defensa de los derechos humanos en la Unión Europea y

“destaca, sin lugar a dudas, la potencial proyección del Defensor del Pueblo europeo, especialmente como garantía extrajudicial por excelencia del derecho a la buena administración, dado que (...) se puede acudir a él para denunciar casos de mala administración provocados por las instituciones y organismos comunitarios” (Tomas, 2004. p. 222).

A su vez, cabe señalar que la Carta de Niza también consagra un derecho a petición, reclamable tanto frente al Defensor del Pueblo como frente al Parlamento Europeo, reconocido por parte integrante de la condición de ciudadano de la Unión. El derecho a

¹⁰ Traducción libre: *“El consejo de Estado admite el pleno valor jurídico y su superioridad sobre la ley, pero sólo cuando la situación está regida por el derecho de la Unión Europea”*. Ver tres casos: 3 févr. 2001, *Syndicat national de l’industrie pharmaceutique*; 8 févr. 2007, *Sté Arcelor*; 26 sept. 2011, *Cyrille X*.

petición es “un derecho-garantía o un derecho-instrumental, es decir, un mecanismo de tutela tendente a facilitar el ejercicio de otros derechos fundamentales” (*Ibíd.*, p. 224).

2.3. El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa

El Código Europeo de Buena Conducta Administrativa (en adelante, el Código), fue propuesto por el Mediador europeo y otras agencias y órganos europeos en 1999. Lo que hace este Código, en palabras del Mediador es “*expliquer plus précisément ce que le droit à une bonne administration de la Charte devrait vouloir dire en pratique*”¹¹(Medes, 2009. párrafo 1). El Código de Buena Conducta Administrativa, pese a que carece de fuerza vinculante, ha terminado por transformarse “en el parámetro de control por excelencia para examinar si existe o no mala administración” (Carrillo, 2010. p. 1142).

2.4. Derecho Administrativo Global

El surgimiento de un derecho administrativo global, ha llevado a establecer estándares de regulación que afectan a los órganos administrativos globales. En particular, deben cumplir con estándares de transparencia y publicidad, participación, toma de decisiones razonada y legalidad, promoviendo una efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban (lo que en nuestro país conocemos como control). Se considera al Derecho Administrativo Global, como un con-junto de mecanismos, principios y normas que promueven la *accountability* de los órganos administrativos globales de acuerdo a los estándares ya mencionados.

Los artículos 41 y 42 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea son ejemplos de cómo la globalización ha influido en el desarrollo del derecho administrativo. Como bien explica JOSÉ IGNACIO HERNÁNDEZ:

“la globalización ha propendido la creación de una Administración global, que no lleva su actividad dentro de un Estado sino en un orden global, incluyendo los ordenamientos jurídicos supranacionales” (Hernández, 2012. p. 201).

Esto es justamente lo que sucede en la Unión Europea, donde la Carta de Niza ha obligado a los Estados, no sólo a reconocer un derecho a una buena administración, sino también a establecer la buena administración como un estándar que todo servicio debe tener.

¹¹ Traducción libre: explicar más precisamente lo que el derecho a una buena administración de la Carta (Carta de Niza) quiere decir en la práctica.

La globalización en consecuencia, impone obligaciones a los Estados respecto de su administración interna, en tanto deben llevar a cabo su actuación siguiendo estándares internacionales de buena administración, estándares de eficiencia, razonabilidad, transparencia, legalidad, participación, etc.

Y esto, no sólo se da dentro de la Unión Europea. La Organización de Naciones Unidas también ha destacado el importante rol que tienen los nuevos estándares de gestión de la Administración. En su Resolución nº 50/225 del 1 de mayo de 1996 sobre las metas del milenio, la Administración debe ser facilitadora del desarrollo centrado en el ciudadano, con lo cual la Administración: “reafirma que la democracia y la gestión pública y la administración transparentes y responsables en todos los sectores de la sociedad constituyen las bases indispensables para el logro de un desarrollo sostenible de carácter social y centrado en la población”.

Lo que importa destacar en este punto, es el hecho de que este reconocimiento global que se hace respecto de la importancia de una buena gestión pública o de una buena administración propiamente tal, tienen su origen en el cambio de paradigmas de esta rama del derecho público. Ya no se trata, en el ámbito internacional, de cómo reconocer los derechos que tiene todo ser humano frente al Estado, se asume que estos existen y desde este punto, se discute cómo se pueden hacer efectivos y garantizarlos frente a los Estados y la comunidad internacional. Entre los muchos cambios que ha provocado la globalización se encuentra justamente “el énfasis puesto en definir a la Administración no desde el poder o las prerrogativas sino a partir del propio ciudadano y sus libertades”.

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, en concordancia con este punto, establece que la centralidad de la persona humana es la primera y principal característica de una buena administración. Sólo sería posible concebir el concepto de buena administración en un Estado democrático, de Derecho, cuyo fin esté en el interés general.

2.5. Jurisprudencia Europea

El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE) ha sido esencial en la construcción de catálogos de derechos cuando aún no existía la Carta de Niza, “vino a suplir el silencio este silencio y fue construyendo, vía pretoriana, un sistema de protección de derechos” (Viñuales, 2014. p. 324).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde los años cincuenta, se ha referido numerosas veces al principio de buena administración y es así como:

“del estudio de la jurisprudencia de esos años se desprende que los Tribunales de la Unión Europea se erigen claramente defensores de algunos derechos de carácter procedimental que posteriormente integrarán el art. 41 de la Carta, delimitando poco a poco su contenido y alcance” (*Ibíd.*, p 327).

Sin embargo, no se llega a reconocer un derecho subjetivo a una buena administración, hasta la entrada en vigencia de la Carta de Niza.

La primera vez que el TJCE aludió expresamente al principio de buena administración, lo hizo en 1955 ¹² donde se refirió a la obligación de motivar las sentencias de la Alta Autoridad, como un mandato derivado del deber de buena administración, como “otro de los aspectos formales que garantizan la ecuanimidad y razonabilidad de las decisiones administrativas, aparte de constituir un elemento esencial de su control jurídico” (Carrillo, 2010. p.1141). Luego, en 1960¹³ se dictan tres fallos relativos a la obligación del resolver en un tiempo razonable, lo que hoy llamamos principio de celeridad, otra arista integrante del principio de buena administración. De esta forma, dichos fallos dieron inicio a una amplia jurisprudencia europea que fue desarrollando a lo largo de los años este principio/deber.

De esta forma, el Tribunal ha establecido una serie de garantías que aseguran el derecho a una buena administración, entre las que podemos observar:

- Sobre la función pública y del derecho a una buena administración en general¹⁴:
En fallo de fecha 29 de marzo de 2012, se confirma una anulación por infracción al derecho a una buena administración pública, señalando que “la obligación de examinar minuciosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto de que se trate”¹⁵.
- Sobre transparencia y acceso a la información¹⁶:

¹² C-4/54.

¹³ 10 de mayo de 1960 (asuntos acumulados 3/58 a 18/58, 19/58 y 27/58 a 29/58)

¹⁴ Casos: 53/72, 43/74, 61/76, 140/77, 33 y 75/76, 207/81, 294/84, 321/85, 155/85

¹⁵ Caso C-505/09P

¹⁶ Casos: C-58/94, 41/2000

A partir del fallo C-350/12, podemos extraer una serie de conclusiones derivadas del principio de transparencia, aplicado al ámbito de la Comunidad Europea:

- Los ciudadanos no sólo tienen derecho a acceder a los documentos generados por los negociadores de la UE, sino también a aquellos de la contraparte extranjera y que hayan llegado al poder de los negociadores europeos.
 - Se reconoce la necesidad de establecer ciertas censuras a algunos documentos reservados, siempre que provenga de una resolución fundada, de manera objetiva y no sobre supuestos hipotéticos o contrarios al Tratado UE y a la Carta de los Derechos Fundamentales.
 - Las excepciones, censuras o reservas al principio de transparencia (por ejemplo y respecto del caso en concreto, sobre los apartados respecto de los cuales no se llegó a acuerdo, en el marco de la negociación) no suponen la negación al acceso a la información pública, ya que se podrá conocer todo el documento en sus partes que no estén afectadas por dichas excepciones.
 - Se señala, por último, que cuando se realicen negociaciones que supongan cambios en la legislación, la transparencia deberá prevalecer sobre otros intereses.
- Sobre buena administración de finanzas¹⁷:

“El artículo 4 enumera las causas para poder general el acceso a un documento del Consejo. Será este el caso cuando su divulgación pudiera menoscabar: d) la protección de los intereses financieros de la comunidad”¹⁸.

“El deber de gestión y de control que de esta forma se imponen a la comisión y a las exigencias de una sana administración de las finanzas de la Comunidad implican necesariamente que tener una liquidación de las cuentas del Fondo Social debe tener lugar dentro de los plazos razonables y que la Comisión tiene la facultad de fijarlos, dotándolos de las naciones que garanticen su observancia ”¹⁹.
 - Sobre discrecionalidad²⁰:

“En esta motivación debe constar de modo claro e inequívoco el razonamiento de la autoridad comunitaria de quien procede el acto impugnado, de modo que, por una parte,

¹⁷ Casos: 58/94, 44/81

¹⁸ Párrafo 11 asunto: 58/94

¹⁹ Párrafo 15 sentencia asunto C-44/81

²⁰ Casos: C-27/63, C-269-90

permita a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada para que puedan defender sus derechos y, por otra, permita al Tribunal ejercer su control”²¹.

- Sobre procedimiento administrativo:

“Pero, en el caso de que las Instituciones de la Comunidad dispongan de tal facultad de apreciación, el respeto de las garantías que otorga el ordenamiento jurídico comunitario en los procedimientos administrativos reviste una importancia no menos fundamental. Entre estas garantías figuran, en particular, la obligación de la Institución competente de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos relevantes del asunto de que se trata, el derecho del interesado a expresar su punto de vista, y el de que se le motive la Decisión de modo suficiente. Sólo de este modo el Tribunal de Justicia puede comprobar si concurren los elementos de hecho y de Derecho de los que depende el ejercicio de la facultad de apreciación”²².

- Sobre el derecho a ser oído²³:

Respecto de un caso relativo a inmigrantes irregulares dentro de la Unión Europea, se ha establecido que el derecho a ser oído antes de que se adopte una decisión de retorno tiene como finalidad permitir al interesado expresar su punto de vista sobre la legalidad de su estancia y la posible aplicación de las excepciones al hecho de que, comprobada la irregularidad de la situación de un nacional de un tercer país, debe adoptarse una decisión de retorno en su contra²⁴.

- Sobre la motivación de los actos administrativos²⁵:

“Mais il convient de rappeler à cet égard que l'obligation de motiver une décision faisant grief a pour but de permettre à la Cour d'exercer son contrôle sur la légalité de la décision et de fournir à l'intéressé une indication suffisante pour savoir si la décision est bien fondée ou si elle est entachée d'un vice permettant d'en contester la légalité. Il en résulte que la motivation doit, en principe, être communiquée à l'intéressé en même temps que la décision lui faisant grief, et que l'absence de motivation ne saurait être

²¹ Párrafo 24 sentencia asunto C-269/90

²² Párrafo 14, sentencia asunto C-269/90

²³ Casos: 222/86, 374/87, 269/90, 450/93, 167/94

²⁴ C-249/13

²⁵ C-195/80

régularisée par le fait que l'intéressé apprend les motifs de la décision au cours de la procédure devant la Cour”²⁶.

La jurisprudencia del TJCE “demuestra la gran heterogeneidad de supuestos en que se hace referencia a la buena administración” (Ponce Solé, 2001. p. 146). En este gran número de casos, se reconoce por el sistema de justicia europeo, un derecho a una buena administración pública, directamente exigible y demandable. Se reconoce entonces, no sólo su esfera como derecho subjetivo, sino también la garantía asociada a este derecho fundamental.

2.6. Principios que conforman el derecho a una buena administración

Como sabemos, la Carta de Niza no consagró de manera explícita el concepto de buena administración. Su definición tampoco está zanjada dentro de la doctrina europea. Es por ello que el concepto “se desprenda de los principios constitucionales que informan la organización de las Administraciones y órganos públicos” (Cademartori, 2009. p. 34).

Los principios que configuran el concepto de buena administración los podemos resumir en: racionalidad, objetividad, transparencia, coordinación, eficiencia y eficacia (*Ibíd.*, p. 34).

▪ *Principio de racionalidad*

El principio de racionalidad que rige el actuar de la Administración y de los órganos públicos impone el deber de “motivar los actos administrativos que dicten, además de actuar racionalmente en el uso de los recursos públicos”, de manera que se exige una actuación racional, lógica y al amparo de la legalidad vigente (*Ibíd.*, p. 36). Este deber a su vez se traduce en la prohibición de dictar actos arbitrarios. Este principio “debe servir de base a la entera actuación administrativa” (Rodríguez-Arana, 2014. p. 50).

▪ *Principio de objetividad e imparcialidad*

La objetividad se encuentra estrictamente relacionada con la imparcialidad, implicando que en el actuar de la Administración “el personal al servicio de la administración deberá abstenerse

²⁶ Traducción libre: "Pero hay que recordar a este respecto que el deber de dar una decisión adversa, pretende que la Corte pueda ejercer su control sobre la legalidad de la decisión y proporcionar al interesado una indicación suficiente para saber si la decisión está fundada o si adolece de un vicio que permite cuestionar su legalidad. Como resultado, la motivación debe, en principio, ser notificada a la persona interesada, al mismo tiempo que la decisión lesiva y que la falta de motivación no puede quedar subsanada por el hecho de que el interesado descubra los motivos de la decisión durante el procedimiento ante la Corte” (párrafo 22 sentencia asunto C-195/80)

de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo” (*Ibíd.*, p. 51). PONCE SOLÉ señala a su vez que:

“el principio de objetividad, pues, exige una ponderada estimación de los intereses presentes antes de decidir, debiendo efectuarse un examen efectivo de los datos relativos al caso concreto, puesto que la decisión discrecional no puede ser producto de la intuición personal del órgano administrativo, sino resultado de un “juicio lógico de estimación”, conectado lógicamente con esas circunstancias propias del supuesto, previamente investigadas” (Ponce Solé, 2001. p. 271).

En consecuencia, es el actuar de la administración ausente de toda consideración personal en la motivación del acto administrativo. Esta obligación tiene a su vez la importancia de poder generar criterios uniformes a lo largo del tiempo en las decisiones que se adopten.

El Tribunal Constitucional español ha indicado que “arbitrario equivale a no adecuado a la legalidad, y ello tanto si se trata de una actividad reglada - infracción de la norma - como de actividad discrecional - desviación de poder”²⁷.

Como puede apreciarse, se produce una equiparación entre la arbitrariedad e infracción al ordenamiento jurídico. Sin embargo, PONCE SOLÉ, no se queda con la conceptualización realizada por el Tribunal Constitucional (Ponce Solé, 2001).

- *Principio de transparencia*

La transparencia está relacionada con el acceso a la información de interés general. Es así como “el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración ha de ser accesible a todos los ciudadanos, que pueden conocer la información generada por las administraciones públicas que realicen funciones de interés general” (Rodríguez-Arana, 2014. p. 51).

- *Coordinación y cooperación*

Este principio:

“persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto del sistema, evitando contradicciones y reduciendo disyunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarán respectivamente la realidad del sistema” (Cademartori, 2009. p. 48).

²⁷ STC de 20 de julio de 1981, R° 38/1981.

A su vez, se señala que este principio promueve que “todos los órganos y entidades administrativos deben prestarse asistencia mutua y respetar el ejercicio de las respectivas competencias” (Rodríguez-Arana, 2014. p. 52).

▪ *Eficiencia y eficacia*

El principio de eficiencia se relaciona con el comportamiento eficiente y económico de la Administración, en cuanto se ha señalado que “la eficiencia es ‘el parámetro que relaciona el coste de los recursos empleados con los objetivos alcanzados’ (Ponce Solé, 2001. p. 472). En definitiva, es el deber de actuar racionalmente en el uso de los recursos públicos. El profesor PONCE SOLÉ rescata una definición genérica de eficacia en el sentido de que:

“evoca básicamente la producción intencionada (con arreglo a un fin o causa) de una realidad (adecuada al fin) como resultado de la acción de un agente idóneo para obrar’ aludiendo a ‘la producción real o efectiva de un efecto” (*Ibíd.*).

En definitiva, es el principio por el cual “las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad” (Rodríguez-Arana. 2014. p. 50).

▪ *Principios relacionados con la buena administración dentro del procedimiento administrativo.*

El profesor PONCE SOLÉ (2001), enfocado en la buena administración en el procedimiento administrativo (o procedimiento administrativo debido), señala una serie de principios de actuación a los que se debe someter la Administración, entre los cuales podemos mencionar:

- La Administración Pública debe actuar racionalmente.
- La Administración debe actuar de modo objetivo.
- Deber de objetividad: relativo a la trascendencia de la fase de instrucción y los principios procedimentales de oficialidad, contradicción y transparencia.
- Deber de actuación administrativa coordinada: respecto de la consideración de diversos intereses públicos a través del procedimiento administrativo.
- Deber de comportamiento eficaz.
- Deber de comportamiento eficiente y económico.
- Deber de motivación: la relación entre el procedimiento administrativo (entendido como fundamentación, previo a la decisión final) y motivación (entendido como entendido como la causa y elemento de la decisión final).

▪ *Otros principios*

RODRÍGUEZ-ARANA destaca una serie de otros principio, a saber: (1) principio de juridicidad, (2) principio promocional de los poderes públicos, (3) principio de igualdad de trato, (4) principio de publicidad de las normas, (5) principio de seguridad jurídica, (6) principio de proporcionalidad, (7) principio de ejercicio normativo del poder, (8) principio de relevancia, (9) principio de coherencia, (10) principio de buena fe, (11) principio de confianza legítima, (12) principio de asesoramiento, (13) principio de responsabilidad, (14) principio de facilitación, (15) principio de celeridad, (16) principio de protección a la intimidad, (17) principio de ética y (18) principio de debido proceso. (Rodríguez-Arana. 2014. pp. 50-52).

Como vemos, el concepto de buena administración está constituido por los principios que hemos mencionado. Una interpretación sistemática de dichos principios permite suponer el concepto de buena administración como una “perfecta coordinación y armonía entre estos principios, constituyendo el procedimiento administrativo como la vía idónea para tal objeto”. De ahí la importancia que le dan ciertos autores como PONCE SOLÉ y CADEMARTORI al procedimiento administrativo como concreción del deber de buena administración (Cademartori, 2009. p. 67).

La regulación por principios tiene una importancia práctica:

“significa disponer del establecimiento de un conjunto de estándares de comportamiento y garantía que deben ser cumplidos, es decir, objetivos normativos a cumplir en el procedimiento” (Cordero Vega, 2015. p. 357).

3. BASES NORMATIVAS QUE PERMITEN CONSTRUIR UN CONCEPTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN CHILE

Luego de haber analizado los principios y derechos básicos que componen el derecho a una buena administración pública, intentaremos construir este derecho desde la normativa y jurisprudencia en Chile.

En este capítulo, analizaremos el bloque de legalidad, desde una perspectiva constitucional y puramente legal, poniendo el énfasis especialmente en el interés general consagrado en la Constitución Política de la República y cómo este principio subyace nuestra legislación administrativa.

3.1. Normativa constitucional y el interés general

La Administración es un “mecanismo capital para la realización de fines que requieren una acción sistemática y continuada” (Parejo Alfonso, 2016). De estos fines, podemos señalar que probablemente el más grande y transversal es el llamado interés general y se relaciona estrechamente con la concepción de Estado.

Actualmente, y como señala el profesor PAREJO ALFOSO, el rol del Estado está en constante cuestionamiento. Hemos sido testigos de una transformación desde lo que llamamos Estado democrático y de derecho a lo que podríamos nombrar un “Estado garante” (*Ibíd.*). Y esta transformación es relevante en el plano de las potestades administrativas, pero también respecto de la relación que existe entre el sujeto público (la administración) y su actividad.

Como bien explica, respecto del principio de Estado garante, el interés general no es algo solo realizable por la mano pública ni tampoco es la contrapartida al interés particular. El interés general es un concepto que supervive sin saber muy bien qué es.

Como ya se ha señalado, la Constitución Política de la República de Chile no reconoce explícitamente el derecho a una buena administración como un derecho.

Sin embargo, no es difícil identificar a lo largo del Capítulo I de la Carta Fundamental, estándares de buena administración exigibles a todo el aparato estatal. La normativa constitucional, conforma el marco general de la actuación administrativa, por lo que toda su actuación y normativa, deben estar destinadas a cumplir con estos mandatos generales. El Tribunal Constitucional ha dicho que “el Capítulo I de la Constitución constituye un marco de carácter valórico y conceptual que viene a limitar la acción del Estado dentro de la sociedad”²⁸. Y dentro de estos límites, dota de contenido y principios a las bases que rigen la administración del Estado.

3.1.1. Artículo 1 inciso cuarto: núcleo de la buena administración

Es así como el artículo 1 inciso cuarto de nuestra Constitución Política de la República señala “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Lo que hace esta norma, es poner los intereses generales como objetivo y fin de la actividad estatal y el bien común como el paradigma a lo cual todo debe propender. Pero esta norma no

²⁸ Considerando décimo del fallo del Tribunal Constitucional, Rol 167.

puede ser tomada como un mero principio, cobra especial relevancia a la hora de evaluar y controlar la actividad administrativa. Como señala PONCE SOLÉ:

“el entendimiento de la función administrativa como mera aplicación de normas jurídicas falla cuando el ordenamiento jurídico otorga a la Administración la misión de valorar cuál sea la decisión más adecuada a los intereses generales” (Ponce Solé, 2001 p. 72).

De esta forma, el art. 1 inc. 4 de nuestra Constitución, se transforma en un estándar de buena administración, para evaluar la actividad administrativa incluso más allá de la legalidad del acto. El ordenamiento jurídico, en general:

“desea que la Administración quiera decisiones que no lo vulneren, pero quiere también que la administración adopte buenas decisiones, que administre bien en definitiva. Que cuando decida lo haga para servir de la mejor manera posible los intereses generales” (*Ibíd.*, p. 127).

Este artículo dota de contenido a lo que el profesor LUIS CORDERO llama “principio de servicialidad” (Cordero Vega, 2015. p. 108) o que en palabras de autores como RODRÍGUEZ-ARANA conformarían la “cláusula de Estado social y democrático”, lo que constituye un requisito fundamental para configurar el derecho a una buena administración (Rodríguez-Arana, 2013. p. 24).

Cabe preguntarse ahora, en qué consisten los principios de servicialidad del Estado y el bien común.

El Tribunal Constitucional, a partir de la doctrina, ha caracterizado esta norma de la siguiente forma²⁹:

- a. Consagra una finalidad del Estado,
- b. De este artículo se deriva una concepción instrumental del Estado,
- c. Que de ella se deduce una tarea estatal permanente y de actualización progresiva.

A partir de esto, se ha llegado a decir que:

“la expresión contribuir ratifica que el Estado no tiene competencia natural para el despliegue de esas nuevas condiciones sociales sino que éste colabora con la sociedad, los grupos, las familias y las personas en la construcción de ese estadio de progreso moral y material para todos los integrantes de la sociedad sin excepción. En tal sentido, el bien

²⁹ Rol 2693-2014

común es la pauta de justicia social para advertir las insuficiencias de que padece todo o parte de los miembros de la sociedad”³⁰.

En otro sentido, se ha señalado a su vez que la cláusula de Estado Social debe ser utilizada como medio de interpretación y aplicación de la discrecionalidad administrativa. Es así como SCHMITT-ASSMANN ha señalado que:

“a la Administración le corresponde utilizar la cláusula del Estado social como una ‘máxima de interpretación’ y una directriz que ha de guiar el ejercicio de sus potestades discrecionales (...) la Administración goza de un amplio margen de maniobra para la consecución de ese resultado” (Schmidt-Assmann, 2012. p. 76).

3.1.2. Otras normas constitucionales

Los artículos 5³¹, 6³², 7³³ y 8³⁴ de la Constitución Política de la República de 1980, se encargan de establecer concretamente los marcos de actuación a los que debe someterse la Administración Pública, nunca apartándose de su objetivo principal, el interés general que consagra el artículo 1º.

En relación al artículo 6, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“los principios y valores establecidos en la Constitución no configuran meras declaraciones programáticas, sino que constituyen mandatos expresos para gobernantes y

³⁰ Considerando noveno fallo del Tribunal Constitucional Rol 2693-2014

³¹ Artículo 5: La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. (2) El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

³² Artículo 6: Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. (2) Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. (3) La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

³³ Artículo 7: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

³⁴ Artículo 8: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”

gobernados, dada la fuerza obligatoria de los preceptos constitucionales en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º³⁵.

El artículo 7, viene a ser un complemento al principio de servicialidad consagrado en el artículo 1. Establece elementos puramente formalistas.

Por último, el artículo 8 da pie a todo el entramado normativo y jurisprudencial en torno al concepto de probidad que analizaremos más adelante. Su inciso segundo establece, introducido con la reforma constitucional del año 2005, es la base de la nueva normativa e institucionalidad que rige la transparencia en nuestro país.

3.1.3. Derechos Fundamentales: Artículo 19 de la Constitución Política de la República

Todas las garantías establecidas en el artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República son derechos que limitan la actividad administrativa, en cuanto no pueden ser vulnerados de manera arbitraria e irracional. Siendo límites, establecen un marco de actuación administrativa, así como estándares de conducta.

Dentro de los numerales de este artículo, son de especial relevancia respecto de la actividad administrativa, los siguientes:

- a. Igualdad ante la ley (art. 19 n°2)³⁶
- b. Derecho a petición (art. 19 n°14)³⁷
- c. Derecho de propiedad (art. 19 n° 24)
- d. Derecho a la seguridad social (art. 19 n°18)
- e. Derecho a la igual repartición de tributos (art. 19 n°20)

Analizados ya los primeros artículos de nuestra Carta Fundamental podemos desprender que los fines a los cuales propende la organización estatal junto con los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19, están estrechamente relacionados con los principios y derechos a una buena administración.

³⁵ Considerando décimo segundo del fallo del Tribunal Constitucional Rol 280. En el mismo sentido ver: Rol 1185, Rol 2410, Rol 46, Rol 2747, Rol 2801.

³⁶ Art. 19 n° 2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. (2) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

³⁷ Art. 19 n° 14.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

Es un marco valórico y conceptual, que como señala el Tribunal Constitucional, (bajo el viejo paradigma) viene a “limitar la acción del Estado”³⁸. El desafío está en ver este conjunto de finalidades y derechos no en clave de límites a las potestades y privilegios de la Administración, sino desde una perspectiva enfocada desde los derechos de los ciudadanos y cómo estos pueden hacer exigible los fines y estándares de buena administración.

3.1.4. Control y Responsabilidad

La Constitución chilena consagra distintos tipos de control a la Administración del Estado: (a) control político por parte de la Cámara de Diputados³⁹, (b) control de legalidad interno⁴⁰, (c) control de legalidad y constitucionalidad externo, ya sea por la Contraloría General de la República⁴¹, el Tribunal Constitucional⁴² y los Tribunales de Justicia⁴³ (d) y un control de protección de garantías y derechos fundamentales, realizado tanto por los Tribunales Superiores de Justicia⁴⁴ como por la Contraloría General de la República⁴⁵.

La responsabilidad de la Administración del Estado es probablemente una de las áreas de mayor interés dentro de ésta rama del derecho y es así como es uno de los puntos relevantes dentro de los principios que conforman el derecho a una buena administración pública y “una de las piezas maestras dentro del sistema de relaciones jurídicas existentes entre la Administración y los ciudadanos”⁴⁶, permitiendo una relación más eficiente y directa, manifestándose como una garantía de los ciudadanos. Y es que como señala el profesor CORDERO VEGA:

“no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política o social. Es preciso además que la administración indemnice a los particulares: que indemnice o repare virtualmente todos los daños injustos ocasionados a los ciudadanos” (Cordero Vega, 2015. p. 639).

³⁸ Considerando décimo del fallo del Tribunal Constitucional, Rol 167.

³⁹ Art. 52 N°1 CPR.

⁴⁰ Art. 24 CPR.

⁴¹ Art. 98 y art. 99 CPR.

⁴² Art. 93 N°s 4,9 y 16 CPR.

⁴³ Art. 21 y art. 38.2 CPR.

⁴⁴ Art. 20 CPR.

⁴⁵ Art. 98 y art. 99 CPR.

⁴⁶ (Cordero Vega. 2015. p.639).

Si bien el derecho público chileno y la doctrina nacional han debatido en torno a la responsabilidad del Estado, ésta se ha ido desarrollando en torno a la jurisprudencia judicial. La Constitución de 1980 dicta su art. 38 inc.2⁴⁷, desde donde se han explicado básicamente tres doctrinas en torno el tipo de responsabilidad que consagra este artículo: (a) doctrina de la responsabilidad objetiva absoluta, (b) doctrina de la responsabilidad subjetiva y (c) doctrina de la responsabilidad objetiva relativa, materia en la cual la jurisprudencia no ha tenido un criterio uniforme⁴⁸.

3.2. Bloque de legalidad administrativa

Como ya hemos señalado, toda la normativa especial de la administración debe estar destinada a cumplir con el bien común consagrado en las bases constitucionales. Para un mejor análisis, se efectuará una categorización de la normativa legal administrativa, analizando primero los principios consagrados en nuestra legislación, luego las normas de probidad y por último las normas de transparencia.

3.2.1. Principios consagrados en nuestra legislación

Intentando seguir con la línea de los autores HARLOW Y RAWLINGS y a su vez, sumándonos al análisis que hace el profesor SANTIAGO MONTT, es posible separar los principios que rigen nuestro derecho administrativo en aquellos propios de la *Red Light Theory* y aquellos pertenecientes a la *Green Light Theory*.

▪ *Principios de la Red Light Theory: legalidad, control y responsabilidad*

Como bien sabemos, el principio de legalidad constituye tanto el presupuesto habilitante para la actuación de la Administración como el límite a su actuar⁴⁹. Este principio en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración (LOCBGAE) se encuentra consagrado en su art. 2⁵⁰. Lo gravitante del principio de legalidad es el hecho de que es la legalidad la que atribuye potestades a la administración (Cordero Vega. 2015, p. 78).

⁴⁷ Art. 38 inc. 2.- Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiese afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

⁴⁸ Para mayor abundamiento véase: Cordero Vega, 2015 (p. 675-678).

⁴⁹ Para mayor abundamiento véase Cordero Vega, 2015 (p. 76), en dónde se trata precisamente la vinculación positiva y negativa.

⁵⁰ Artículo 2 LOCBGAE.- Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro del marco de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les ha conferido el ordenamiento jurídico.

Respecto del control, nuestra legislación establece una serie de medios a través de los cuales se puede asegurar el sometimiento de la actividad administrativa a los principios que la rigen y en general, al ordenamiento jurídico. Como ya señalamos anteriormente, existe un control que ejerce la Contraloría General de la República, pero a su vez, existe tanto el control interno de los actos, como el control judicial a través de recursos jurisdiccionales, consagrado en el art. 9 de la LOCBGAE.

Por último, el principio de responsabilidad se encuentra establecido en el art. 4 LOCBGAE, que tal como la regla constitucional, consagran la responsabilidad tanto de la Administración como la personal de los funcionarios. A su vez, se encuentra consagrado en clave de derecho de los administrados, en el art. 17 letra g) de la LBPA (Ley que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos) cuando señala que:

“Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: g) exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente”.

- *Principios de la Green Light Theory: eficiencia y eficacia, publicidad, participación, probidad y transparencia.*

Como ya se ha señalado, el ideal de la teoría de la luz verde es precisamente la buena administración, sustentada en principios consagrados en nuestro ordenamiento como lo son la eficiencia y eficacia⁵¹ la publicidad⁵² y la participación (juntos con la probidad y la transparencia que veremos más adelante). El que nuestro ordenamiento jurídico esté consagrando y desarrollando estos principios y derechos fundamentales de la mano con la jurisprudencia, no significa un abandono de los clásicos principios de la teoría de la luz roja, como señala el profesor MONTT, “no se trata de retroceder a un Estado de Policía desvinculado de la legalidad y del control jurídico, sino centrar la atención en la gestión y el servicio público”. Siguiendo esta línea, es fundamental para el derecho a una buena administración pública desarrollar los principios integrantes de la teoría de la luz verde ya que “su operatividad primaria se da de cara a la sociedad y sus problemas”, son principios que están en estrecha relación con las garantías de las personas frente a la administración (Montt Oyarzún, 2010. p.11).

⁵¹ Art. 3 LOCBGAE.

⁵² Art. 3, y art. 11 bis inc. 3 y 4 LOCBGAE, art. 16 LBPA.

En materia regulatoria y con especial énfasis en el derecho ambiental, la participación ciudadana ha cobrado un importante rol en la gestión pública, en cuanto mecanismo, tanto como un derecho que permite: mejorar las decisiones públicas, la expresión de intereses diversos, la solución temprana de conflictos, fomentar y desarrollar el principio de cooperación, etc. Pero principalmente, la participación dota a las decisiones de legitimidad (Mirosevic, 2011. p. 285 y ss.). Aún así, es necesario precisar una cuestión fundamental: no es la participación per se la que dota de legitimidad a un acto administrativo, sino una participación ciudadana bien hecha, cumpliendo precisamente con los estándares de buena administración. Es así como podemos ver que incluso dentro de un procedimiento administrativo, los mecanismos utilizados dentro de él deben cumplir con principios de buena administración.

Desde este punto, es necesario detenerse para realizar un análisis más profundo de la manifestación normativa de dos de estos principios, la probidad y la transparencia. Por ello, es necesario comenzar caracterizando ambos tipos de normas:

- a. Normas de probidad: impone el deber a los funcionarios del Estado a actuar de conformidad con los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, prohibiendo otorgar preferencias o desfavores a él u otras personas (Cordero Vega, 2015. p. 119).
- b. Normas de transparencia: tienen como objeto conocer los fundamentos y antecedentes que la administración consideró para su actividad.

El objetivo será, en este acápite, evaluar cada una de estas normas en relación al derecho a una buena administración.

3.2.2. Normas de probidad

Cabe señalar, que la probidad es un principio que surgió como creación jurisprudencial de la Contraloría desde el año 1962 “derivado de lo que se consideraban ciertas obligaciones morales establecidas para los funcionarios públicos” (*Ibíd.*, p.119) Sin embargo, estas obligaciones morales fueron de a poco manifestándose en el derecho positivo a través de una serie de normativas legales que procederemos a revisar.

▪ Artículo 3° de la LOCBGAE

El artículo 3° de la LOCBGAE establece de forma general el régimen de probidad que debe regir a la administración, y la finalidad esencial de las actuaciones administrativas, señalando:

“la Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”.

En su inciso segundo, establece los principios generales que deberán regir a la Administración:

“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes”.

La introducción de este artículo que hoy es tan relevante (porque regula de manera general la forma en que debe actuar la administración) fue producto de una modificación realizada el año 1999, a través de la ley 19.653, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado.

Al estudiar la Historia de la Ley 19.653, podemos observar los valores que inspiraron esta modificación. Respecto de la necesidad de esta reforma, se destaca en el mensaje presidencial que “era posible constatar en el sistema jurídico nacional una desigual y dispersa normativa para cautelar la probidad en la función pública”⁵³. También se recalca por el ejecutivo, la función social que conlleva regular la probidad administrativa, destacando que “el proyecto se hace cargo de un tema de gran importancia, vinculado al control social de la gestión pública, para prevenir y combatir la corrupción”⁵⁴. La importancia de esta modificación es mencionada reiteradas veces por los parlamentarios a lo largo de los años de discusión del proyecto.

El artículo 3 del proyecto de ley enviado por el presidente destaca la importancia y dota de contenido al concepto de interés público, señalando que este se expresa en:

⁵³ Historia de la Ley 19.653, p.6.

⁵⁴ Historia de la Ley 19.653, p.8.

“la satisfacción de necesidades colectivas de manera regular y continua, en la buena fe en el ejercicio del poder, en la imparcialidad de las decisiones adoptadas en el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionarias, en la rectitud de su ejecución y en la idónea administración de los recursos públicos”⁵⁵.

De la discusión en el Congreso, es posible extraer también la idea de que las normas de probidad son a su vez la manifestación del art. 1 inciso cuarto de la Constitución Política de la República, que consagra, como ya hemos visto, el principio de servicialidad y el bien común como fin del Estado. Se señala:

“de esta forma, se unen dos ideas plenamente aceptadas. Una, referida a los conceptos de que se vale el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, que el precepto recoge. Otra, referida a los conceptos de gobierno y de administración, tal como se definieron durante la discusión de la reforma constitucional aprobada por la ley N° 19.097. En aquella ocasión se distinguió entre gobierno, como actividad de orden y seguridad públicos, y Administración, como actividad relativa a los servicios públicos y encaminada al desarrollo nacional, regional y comunal. El nuevo inciso primero recoge estas dos ideas, la de que la Administración del Estado no está al servicio de la comunidad sino de la persona humana, y de que, como Administración, ella se orienta hacia el desarrollo”⁵⁶.

Así es como esta reforma es de suma importancia en tanto no sólo regula las normas de probidad con que debe actuar la Administración, sino que también dota de un fin preciso a la Administración del Estado: el servicio a la persona humana y el desarrollo.

La verdad es que esta reforma tampoco fue una gran innovación en materia de probidad, ya que “al consagrar el enunciado constitucional del artículo 8º se respaldó la jurisprudencia administrativa y las regulaciones legales previas sobre la materia” (Cordero Vega, 2015. p. 120).

▪ *Artículos 54 y 55 de la LOCBGAE y el artículo 62 letra g) del Estatuto Administrativo*

El artículo 54 de la LOCBGAE establece para los funcionarios de la Administración de Estado (cualquiera sea su régimen contractual), la obligación de observar estrictamente el principio de probidad. El artículo 62 letra g) del Estatuto Administrativo⁵⁷ establece que:

⁵⁵ Historia de la Ley 19.653, p.12. Artículo 3º del proyecto de ley enviado por el ejecutivo.

⁵⁶ Historia de la Ley 19.653, p. 28.

⁵⁷ Ley 18.884.

“serán obligaciones de cada funcionario: observar estrictamente el principio de probidad administrativa, que implica una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Este enunciado se repite en el inciso segundo del artículo 54 de la LOCBGAE, el cual agrega que la inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución y las leyes.

A partir de estos artículos, podemos sostener que el principio de probidad administrativa consta de dos elementos, a saber: (1) la conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, lo cual se mide a través de un sistema de calificaciones al que están sometidos los empleados públicos y (2) la preeminencia del interés público por sobre el interés privado.

Respecto de este último punto, es necesario hacer un análisis del artículo 1° de nuestra Carta Fundamental que se complementa con el art. 55 de la ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado. En él se señala que:

“el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. Se expresa en el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas; en lo razonable e imparcial de sus decisiones; en la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones; en la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan; en la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales, y en el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley”.

La redacción de este artículo se explica a través de la historia de la ley 19653⁵⁸. El primer informe de la Comisión de Constitución señala que este artículo define lo que debe entenderse por interés público, además como resultado del reemplazo de la expresión interés público por interés general, se cambió la palabra público por general.

Haciendo un desglose del art. 55, la Comisión señala que:

“el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz. La eficiencia es

⁵⁸ Primer informe Comisión de Constitución, Historia de la ley 19.653.

un concepto de administración que se localiza en el uso de los medios o recursos disponibles, postulando su mayor rendimiento al menor costo. En si misma considerada, es, en primer término, una cualidad directiva que permite disponer de la mejor manera posible los recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos con que cuenta una organización, atendidas las circunstancias globales en que ella se desenvuelve, para realizar útilmente una labor determinada. La eficacia, por su parte, es una idea que subraya y acentúa el logro de los objetivos, el alcance de las finalidades de la organización, velando porque sean convincentes, esto es, se concreten o realicen en forma consecuente y coherente con el medio administrativo en el cual se inserta la organización y con la planificación que los inspira”⁵⁹.

Finalmente, la Comisión acordó agregar también en cuanto a la forma que se expresa el interés general, el acceso ciudadano a la información administrativa, dentro del contexto en el cual se expresa el recto, transparente y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas.

En este debate respecto de la reforma llevada a cabo el año 1999 podemos ver claramente los principios inspiradores del derecho a una buena administración pública manifestados concretamente en el concepto de interés general que desarrolla el legislador.

Según este mismo artículo, la exigencia de actuación de acorde al interés general se expresa es diversas conductas:

- a. En el recto y correcto ejercicio del poder público por parte de las autoridades administrativas.
- b. En lo razonable e imparcial de sus decisiones.
- c. En la rectitud de ejecución de las normas, planes, programas y acciones.
- d. En la integridad ética y profesional de la administración de los recursos públicos que se gestionan.
- e. En la expedición en el cumplimiento de sus funciones legales.
- f. En el acceso ciudadano a la información administrativa, en conformidad a la ley.

Puede sostenerse de esta forma, que la función administrativa está:

“sometida a un deber jurídico de buena administración, un deber de hacer consistente en un mandato de actuación en forma racional, objetiva, coordinada, eficaz, eficiente y económica en su servicio a los intereses generales” (Ponce Solé, 2001. p. 156).

⁵⁹ Primer informe Comisión de Constitución, Historia de la ley 19.653.

Es decir, la normativa que rige la función administrativa y la carrera funcionaria está establecida en función del interés general.

- *El interés general en nuestra legislación es el deber de buena administración*

A partir de la redacción del artículo 1º de nuestra Constitución Política de la República, junto con el artículo 55 de la LOCBGAE y el análisis de los principios de buena administración, podemos señalar que estos artículos en realidad no definen lo que es el interés general sino que establecen concretamente el deber de buena administración.

Si nos quedamos con la frase “el interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”⁶⁰, no dista mucho de la definición que nos entrega RHITA BOUSTA sobre buena administración, recordemos “*l’adaptation équilibrée des moyens de l’administration*”⁶¹ (Bousta, 2010. p. 169). Esta definición de interés general no precisa qué se entiende por interés general sino cuáles son los medios para alcanzarlos. Y estos “medios” sería precisamente la idea de buena administración. Así mismo lo señala BOUSTA, respecto de la definición de buena administración, cuando explicita que “*la notion de bonne administration a trait, dans son essence, aux moyens et non au but de l’administration*”⁶² (Bousta, 2010. p. 169).

Cabe concluir entonces, que la definición de buena administración se relaciona con los medios que posee la Administración Pública y sobre cómo debe emplearlos y que, respecto a este punto, nuestra legislación nos entrega una idea concreta y explícita, en la idea de interés general. Así es como lo entiende la doctrina francesa, en tanto la noción de buena administración se refiere, en su esencia a los medios y no al propósito de la administración, el cuál es el interés general.

Por lo tanto, es necesario distinguir la idea de interés general como el fin o propósito de la administración, de la idea de buena administración, que tiene que ver con los medios y estándares que ella emplea para alcanzar dicho fin.

⁶⁰ Art. 55 CPR.

⁶¹ Traducción libre: la adaptación equilibrada de los medios de la administración (medios, como recursos, tanto materiales como humanos, tecnológicos e intelectuales).

⁶² Traducción libre: la noción de buena administración se refiere en su esencia a los medios y no al propósito de la administración.

- *Ley 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses*

El 5 de enero de 2016 se promulgó la ley 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses, luego de 5 años de tramitación. Esta ley regula la práctica de la función pública desde el principio de probidad, con el objeto de prevenir los conflictos de interés. A su vez, se encarga de establecer la obligación de declarar de intereses y patrimonio, que dé cuenta de dónde permanecen los intereses de las autoridades y funcionarios y a cuánto asciende su patrimonio, entre otros temas. Esta ley se desarrolla en un marco de desconfianza hacia la función pública, en donde precisamente la falta de desarrollo del deber de buena administración concluye en una crisis del sistema institucional en torno a la probidad.

En el mensaje, se recalcó la importancia que posee el principio de probidad, en relación a cómo el funcionario público, desde su posición, contribuye al bien común. De esta forma, se señaló que:

“toda autoridad y funcionario público tiene como obligación, a través de su conducta, contribuir a la promoción del bien común de ‘todos y cada uno’ de los integrantes de la comunidad nacional. Esa contribución al bien común implica que tanto las autoridades como los funcionarios públicos deben actuar de manera honesta y leal en el ejercicio de sus funciones. Es precisamente, a través de ese ejercicio honesto y leal de sus atribuciones dentro del marco de su competencia, que el funcionario público contribuye desde su posición al bien común de la sociedad. Por el contrario, si un funcionario actúa utilizando sus potestades de forma impropia y deshonesto, afecta no sólo al Estado en cuanto ente organizacional, sino que afecta el bien común de la comunidad en su conjunto”⁶³.

- *Códigos de Ética de la Función Pública*

Dentro del mismo contexto en que se desarrolla la ley 20.880, la elaboración de los “Códigos de Ética de la Función Pública” es una de las medidas administrativas contempladas en la Agenda de Transparencia y Probidad para la Política y los Negocios⁶⁴, presentadas por la Presidenta Bachelet el 11 de mayo de 2015.

⁶³ Mensaje ley 20.880.

⁶⁴ La Agenda de Probidad y Transparencia es un conjunto de propuestas que refleja el compromiso del Gobierno para mejorar de manera sustancial la calidad de la política y el ejercicio de la actividad pública.

Un Código de Ética puede ser entendido como:

“una herramienta que permite convenir participativamente los estándares éticos y legales que caracterizan una institución, relevándolos con el objeto de generar una convivencia laboral basada en valores comunes”⁶⁵.

La idea que está detrás de la elaboración de estos Códigos de Ética es la sistematización de los valores y las conductas que se esperan dentro del buen ejercicio de las funciones públicas, para a su vez promoverlas y contar con un marco común.

La iniciativa, construida por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y monitoreada por el Servicio Civil, se realizó a través de una metodología participativa⁶⁶.

La creación de estos nuevos Códigos de Ética son una manifestación más de una buena administración pública, en cuanto permiten desarrollar y promover las normas de probidad y transparencia dentro del sector público de una forma eficiente y a su vez, utilizando uno de los nuevos principios del derecho administrativo, como lo es la participación. Y por lo mismo es que se decidió crear distintos Códigos de Ética para cada organismo, ya que:

“aunque compartan ciertos valores como la probidad, la transparencia y la eficiencia, entre otros, es necesario que cada organismo se identifique de forma representativa sus propios valores y riesgos”⁶⁷.

Debido a esta nueva forma participativa, es que el contenido de dichos Códigos de Ética abarcan temas tan diversos como denuncias de actividades sospechosas, principios de respeto e igualdad, uso y cuidado de bienes fiscales, prohibiciones, datos y uso de información reservada o privilegiada, protección del medio ambiente, abuso de poder, acoso sexual, lobby o gestión de intereses, incompatibilidades, acoso laboral, derecho a opinar, derecho a una evaluación objetiva, canales de procedimiento y denuncia, etc.

En el mismo marco, el 15 de junio del año 2017 se lanzó el “Manual de Probidad y Ética Pública”, por parte de la Contraloría General de la República y el Servicio Civil.

⁶⁵ “Orientaciones y lineamientos generales para la elaboración de Códigos de Ética en el sector público”, p. 4.

⁶⁶ La participación en la elaboración de los Códigos de Ética contó básicamente con dos etapas: diagnóstico y evaluación (diagnóstico y planificación del proyecto y diseño del plan comunicacional) y la socialización del Código (difusión del proyecto a los miembros de la institución, levantamiento de la información, redacción del Código y socialización y capacitación).

⁶⁷ “Orientaciones y lineamientos generales para la elaboración de Códigos de Ética en el sector público”, p. 3

En palabras del Presidente del Tribunal Constitucional, Carlos Carmona Santander⁶⁸, el Manual de Probidad y Ética Pública es necesario y útil. Es necesario porque los funcionarios, las autoridades y los ciudadanos deben conocer el entramado normativo. Y es útil porque contiene un resumen bien logrado de jurisprudencia y regulación. Como podemos apreciar, esta medida es una manifestación del principio de eficiencia y eficacia en torno a la regulación en materia de probidad. Es una de las formas que plantea la Agenda del Gobierno no solo para sistematizar la normativa en torno a la probidad, sino para que además sea conocida por todas las autoridades, funcionarios y ciudadanos.

3.2.3. *Normas de transparencia*

La normativa legal que más destaca en el ámbito de la transparencia es la ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

Esta ley es de suma importancia en relación con el derecho a una buena administración, ya que es imprescindible para ejercerlo, el conocer el contenido y fondo de los procedimientos administrativos. Así es como se señaló en la moción parlamentaria del proyecto de ley sobre acceso a la información pública:

“El derecho al libre acceso a las fuentes públicas de información, entendido como la posibilidad real de la ciudadanía de tomar conocimiento de los actos de la administración del estado y de la documentación que sustenta tales actos, es un tema relativamente nuevo en nuestro país. Este derecho constituye un elemento fundamental para alcanzar un alto grado de transparencia en el ejercicio de las funciones públicas, a la vez que facilita la formación de una mayor y más efectiva participación ciudadana en los asuntos públicos”⁶⁹.

Esta ley se caracteriza por⁷⁰:

- a. Disponer de un concepto amplio de información pública.
- b. Consagra la obligación llamada de “Transparencia Activa”, información que debe estar permanentemente disponible.
- c. Las causales de reserva o secreto están taxativamente enumeradas en la ley.
- d. Establece principios esenciales a la hora de interpretar la ley.

⁶⁸ Presentación del Manual de Probidad y Ética Pública, 15 de junio de 2017.

⁶⁹ Historia de la ley 20.285. p.5.

⁷⁰ (Cordero Vega, 2015 p. 118)

- e. Existe un órgano encargado de fiscalizar su cumplimiento: el Consejo para la Transparencia.
- f. Si se es negada la información, existe igualmente un derecho a solicitar amparo de acceso a la información.

Específicamente, dentro de esta ley, podemos encontrar artículos en clave de buena administración como lo serían los artículos 1, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 19, 45, 46 y 47.

La ley sobre acceso a la información pública es una manifestación del principio de publicidad, el cual en un Estado democrático y de Derecho, es esencial para el permanente control de las actividades públicas. Sin publicidad respecto de los actos de la administración, resulta en extremo difícil realizar un control sobre la legalidad de los mismos. Finalmente, la transparencia resulta indispensable a la hora de poder exigir un derecho a una buena administración.

4. LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA CHILENA: SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 41 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

4.1. Construcción de un “derecho a una buena administración” en Chile

En este capítulo, se efectuará una comparación entre el artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la normativa legal chilena, con el fin de esclarecer si en Chile, se consagran los derechos contenidos en este artículo del derecho comunitario europeo.

En primer lugar, el artículo señala: “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”.

Luego se especifica:

“este derecho incluye en particular: (1) El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente, (2) El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial”.

Respecto a esta primera parte del derecho a una buena administración, podemos decir que consagra el derecho a un debido proceso administrativo, destacando los principios de imparcialidad, celeridad, contradictoriedad y publicidad. Encontramos el paralelo en Chile, de

esta primera parte, en el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 19 n°3 de la Constitución Política de la República y en el derecho a petición del artículo 19 n°14.

El artículo 4 de la ley 19.880 sobre las Bases del Procedimiento Administrativo, consagra los principios de los procedimientos, los cuales son: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad. El detalle de cada uno de estos principios se desarrolla en los artículos que le siguen, a saber, los artículos 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16. El artículo 17 consagra una serie de derechos para las personas, en relación a estos principios y al debido proceso administrativo.

La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones se consagra en el principio de no arbitrariedad de las resoluciones administrativas del artículo 41 inciso cuarto, que señala que las resoluciones contendrán la decisión, que deberá estar fundada.

Continúa el artículo de la Carta de Niza, consagrando el derecho a la reparación por los daños causados, señalando que:

“toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

En Chile, se consagra el principio de Responsabilidad del Estado en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, además del artículo 4° de la Ley 18.575 sobre Bases de la Administración del Estado (LBGAE).

El artículo 41 de la Carta de Niza concluye agregando un moderno derecho a dirigirse a las instituciones en las lenguas oficiales⁷¹. Este numeral, consagra el llamado derecho a petición, que en nuestra Constitución se encuentra establecido en el artículo 19 n°14. Este derecho tiene ciertas características, a saber: (1) es un derecho a presentar peticiones, (2) se ejerce ante la autoridad, (3) sobre cualquier asunto de interés público o privado, (4) debe ejercerse de manera respetuosa y conveniente y (5) no admite limitaciones. Si bien no se establece cómo o cuándo la administración debe responder, si ésta no lo hiciese, sería un derecho ilusorio (Cordero Vega, 2015. p. 223).

⁷¹ Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

Si bien aquí podemos encontrar una diferencia respecto de los idiomas con los cuales los administrados pueden dirigirse a la Administración, ya que en Europa podrán los ciudadanos utilizar cualquier idioma oficial y en Chile podrá ser usado únicamente el castellano, el derecho en su núcleo (el derecho de petición) existe y está consagrado en la Constitución. Ahora bien, podría avanzarse en términos de ampliar los idiomas a las lenguas originarias de nuestro país.

Podemos concluir, luego de este análisis comparativo, que en Chile se consagran los mismos derechos establecidos en el artículo 41 de la Carta de Niza, el problema es la falta de sistematización del ordenamiento administrativo. Es por ello, que el estudio de las bases y fundamentos del derecho administrativo es tan importante para entender la legislación que regula el funcionamiento de la Administración hoy en día. Si no entendemos los principios fundantes del Derecho Administrativo, es muy difícil comprender la normativa que hoy rige en nuestro país ya que le falta sistematización y coherencia.

Tabla 1: Análisis comparativo de la normativa europea y chilena

	Europa	Chile
Derecho a audiencia	El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.	El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes (art. 19 n°4 CPR). Principio de contradictoriedad. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio (art. 10 LBPA).
Derecho a acceder a los expedientes administrativos	El derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.	Son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación (art. 16 inc.2 LBPA). Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: a) conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan condición de interesados (art. 17 LBPA).
Derecho a obtener una resolución fundada	La obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.	Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada (art. 41 LBPA).

	Europa	Chile
Derecho a reparación de daños causados	Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros	El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. (art. 4 LBGAE) Las personas, en sus relaciones con la Administración, tienen derecho a: g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente. (art. 17 LBPA)

4.2. Construcción del principio de buena administración en base a la jurisprudencia.

Realizando un análisis de la jurisprudencia en Chile, tanto del Tribunal Constitucional, como de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República, podemos ver que, a lo largo de los años, se han ido aplicando en estas sentencias y dictámenes, todos los principios que conforman el derecho a una buena administración.

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Suprema, resulta interesante analizar los fallos que se refieren al “decaimiento del procedimiento administrativo”. La Corte Suprema en estos fallos, especialmente los referidos a los casos de tardanza en los procedimientos de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) y de la Tesorería General de la República⁷², ha utilizado el concepto de “decaimiento del procedimiento administrativo” para justificar la aplicación de principios de buena administración. Es más, la Corte llega a utilizar un concepto erróneo de decaimiento, señalando expresamente que se constituye como una “especie de decaimiento”, la enorme tardanza en que incurren estos organismos, con el fin de proteger principios de buena administración como el debido proceso, la eficiencia y eficacia administrativas, la celeridad, etc.

Es así como la Corte Suprema en distintos fallos ha resguardado los distintos principios que conforman el derecho a una buena administración pública.

Por su parte, la Contraloría General de la República también ha jugado un importante rol en el desarrollo de estos principios y es que como órgano contralor “debe ser el primero en mostrar

⁷² Casos de decaimiento del procedimiento administrativo: (1) Sobre la SEC: Rol 7284-2009, Rol 7502-2009, Rol 8682-2009, Rol 4922-2010, Rol 4923-2010, Rol 5228-2010, (2) Sobre la Tesorería General de la República: Rol 4777-2010

y demostrar de una manera proba, abierta y transparente su actuación” (Vergara, 2012. p. 108). Precisamente el hecho de que estén consagrados tanto constitucional como legalmente implica que “deben informar toda la actividad administrativa, en especial las actividades que por él le compete fiscalizar a la CGR” (*Ibíd.*) lo cual se ve manifestado a través de sus dictámenes que conforman la jurisprudencia administrativa que será parte de este análisis.

Tanto la Corte Suprema como la Contraloría General de la República, han nombrado y definido estos principios de la siguiente forma:

▪ *Principio de debido proceso administrativo*

La Corte Suprema ha establecido que “para que nos encontremos ante un procedimiento racional y justo la sentencia debe ser oportuna”⁷³. Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

“la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos (...) establece un verdadero "debido proceso administrativo", en ejecución del mandato del artículo 63 N° 18 de la Constitución, pues permite oportuna y eficazmente al administrado presentar sus alegatos y discutir las afirmaciones hechas por la Administración (artículos 10, 17 y 20), presentar prueba e impugnarla (artículos 35 y 36), que su caso sea resuelto objetivamente (artículos 11 y 12), conocer en plazo oportuno una resolución final (artículos 7°, 8°, 9°, 13, 16, 18, 24, 27, 41, 64 y 65) y, en su caso, impugnarla (artículos 15, 59 y 60)”⁷⁴.

A su vez, ha señalado que el principio de debido proceso, en el ámbito administrativo:

“se manifiesta en una doble perspectiva: a) como derecho a defensa que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos, pruebas, y también, b) como el derecho de exigir a la Administración Pública el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos”⁷⁵.

En específico, concerniente con el derecho a audiencia y bilateralidad del procedimiento administrativo, nuestra Corte Suprema ha señalado que:

⁷³ Rol 7284-2009.

⁷⁴ Rol 1413-2009, considerando vigesimoséptimo.

⁷⁵ Rol 97801- 2016, octavo téngase presente.

“los afectados tienen derecho a que se les comunique fundadamente si procede o no el beneficio que reclaman y se les informe de las medidas adoptadas”. Agregando, y haciendo una relación con el derecho a la igualdad ante la ley “la actuación del recurrido compromete la garantía esencial consagrada en el artículo 19 N°2, de la Carta Política, al encerrar una discriminación de los recurrentes en parangón con cualquier otro burócrata que realiza una petición en similar sentido obtiene respuesta formal a su pretensión”⁷⁶.

■ *Principios de eficiencia y eficacia administrativa*

La jurisprudencia en material del principio de eficiencia administrativa se ha centrado en el deber del Estado de velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, de tal forma ha señalado:

“de tal suerte que habiendo el Fisco proporcionado los medios para la pronta realización de una faena cuyo obligado no había cumplido en el tiempo dispuesto, en pro de esa misma eficiencia, debe ejercer las acciones para recuperar los fondos públicos invertidos. Admitir lo contrario implicaría dejar en la indefensión a la Administración y favorecer el incumplimiento de las obligaciones por parte de los administrados, lo que repugna a la eficacia del derecho”⁷⁷.

Respecto del principio de eficacia de los actos administrativos, podemos señalar que la Contraloría General de la República lo ha caracterizado como una manifestación de la soberanía señalando que los actos administrativos obligan:

“a su cumplimiento mediante acción de oficio o de ejecución forzosa, lo que emana de los art. 5, 6 inc. 2 y el art. 32 N°6 de la Carta Fundamental, ya que el cumplimiento de la función administrativa, a través de sus actos, constituye el ejercicio de la soberanía conferido a los órganos estatales, obligando por ello a todos”⁷⁸.

La Corte Suprema, en un pronunciamiento de este año, realizó una interesante relación entre el principio de eficacia y el derecho a defensa. En este sentido, señaló que:

“el derecho a defensa debe ser considerado no sólo como una exigencia del axioma de justicia, sino también como expresión del principio de eficacia, ya que asegura el mejor

⁷⁶ Rol 3597-2017, undécimo téngase presente.

⁷⁷ Rol 46494-2016, considerando décimoquinto.

⁷⁸ Dictamen 2196/1993.

conocimiento de los hechos y contribuye a mejorar la decisión administrativa, garantizando que ella sea más justa”⁷⁹.

▪ *Principio de celeridad*

La Corte Suprema ha señalado que “el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites” cuya contravención produce una “ineficacia en la tardanza administrativa” y que “la tardanza inexcusable de la Tesorería General de la República ha excedido todo límite de razonabilidad”⁸⁰, en tanto la Contraloría sistematiza las bases de este principio, señalando que:

“la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en los artículos 3°, inciso segundo, y 8°, impone a los órganos que la integran, el deber de observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia y de accionar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites, como también la agilidad y expedición de los procedimientos administrativos. Lo anterior, se encuentra en plena armonía con la ley N° 19.880, cuyo artículo 7° reitera el principio de celeridad de los actos de las autoridades y funcionarios públicos, para luego en el artículo 9° contemplar el principio de la economía procedimental, en el sentido de responder a la máxima economía de medios, evitando trámites dilatorios”⁸¹.

▪ *Principio de objetividad e imparcialidad*

La Contraloría General de la República ha señalado por ejemplo que “la imparcialidad de la autoridad llamada a intervenir en la evaluación de un empleado, es un elemento esencial para garantizar la transparencia y objetividad del proceso”⁸².

La Corte Suprema por su parte, estableció que la Administración debe actuar:

“evitando circunstancias que lo inhabiliten por existir un interés o por haber conocido de los antecedentes necesarios para poder emitir un pronunciamiento, es decir, que sea independiente para resolver el asunto sin un sesgo que altere su objetividad, requisitos que deben ser satisfechos de manera previa a la resolución del asunto, especialmente si se

⁷⁹ Rol 97801- 2016, octavo téngase presente.

⁸⁰ Rol 7284-2009.

⁸¹ Dictamen 4547/2015.

⁸² Dictamen 63579 de 11 de agosto de 2015.

trata de uno que producirá la invalidación de los efectos atributivos de derechos de un acto previo”⁸³.

▪ *Principio de inexcusabilidad*

Así, el principio de inexcusabilidad es el mandato en virtud del cual “la Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos iniciados en cualquier forma y a notificarla”, y ha establecido que incluso en los casos en que el órgano ante el cual se inició el procedimiento administrativo resultara incompetente “deberá enviar de inmediato los antecedentes a la autoridad que deba conocer según el ordenamiento jurídico”⁸⁴.

Respecto a cómo la Administración está constreñida a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla la Corte ha zanjado que:

“es necesario recordar que la Administración está obligada a pronunciarse respecto a la solicitud como la realizada por el interesado, en virtud de la aplicación de los principios de celeridad, economía procedimental, no formalización e inexcusabilidad, consagrados en los artículos 4°, 7°, 9°, 13 y 14 de la ley N° 19.880”⁸⁵.

▪ *Principio conclusivo*

En relación a este principio, la jurisprudencia administrativa ha determinado que:

“la autoridad debe actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites y que los procedimientos sean ágiles y expeditos, idea que es reforzada con el principio conclusivo, contemplado en el artículo 8° de la aludida ley N° 19.880, conforme al cual “Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”⁸⁶.

▪ *Principio de probidad, transparencia y publicidad*

Respecto de la probidad administrativa, hay que destacar que existen una multiplicidad de dictámenes de la Contraloría que se refieren a este principio, entre ellos cabe destacar aquellos que se refieren específicamente a las conductas que contravienen especialmente este principio como:

⁸³ Rol 97801- 2016, noveno téngase presente.

⁸⁴ Dictamen 38453/2011 (reiterando la regla del art. 14 de la LBPA).

⁸⁵ Dictamen 52349/2015.

⁸⁶ Dictamen 52349/2015, en el mismo sentido: dictamen 38453/2011.

“el hecho de que un servidor intervenga, en razón de sus funciones, en asuntos en que tenga interés personal o en la adopción de decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, imperativos que, en similares términos, se consultan en el artículo 78 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo. Como puede advertirse, el objetivo de la indicada normativa no es otro que el de impedir que intervengan no sólo en la resolución sino que también en el examen o estudio de determinados asuntos o materias, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de intereses en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse.”⁸⁷.

Así también ha comprendido que:

“atendido lo dispuesto en el artículo 62 N° 6 de la ley N° 18.575, contraviene especialmente el principio de la probidad administrativa, entre otras conductas, intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive, así como participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad”⁸⁸.

Respecto de los principios de transparencia y publicidad, la Corte Suprema ha señalado que “el procedimiento administrativo, debe realizarse con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentaciones de las decisiones que se adopten en él”. En este mismo fallo, se destaca la importancia y relación de la transparencia y publicidad, con el principio de motivación de los actos administrativos, estableciendo que:

“es un requisito sustancial la expresión del motivo o fundamento por el cual se adopta una determinación por la autoridad administrativa, pues su exigencia ha sido puesta como condición mínima de racionalidad”⁸⁹.

4.2.1. Medidas de “buena administración”

En términos generales, es necesario destacar también que en numerosos dictámenes la Contraloría General de la República ha hablado de “medidas de buena administración”, en

⁸⁷ Dictamen 46002/2001.

⁸⁸ Dictamen 39500/2010.

⁸⁹ Rol 92957-2016, octavo téngase presente.

relación a decisiones adoptadas por la autoridad en materia de función pública. Por lo que se refiere a la distribución de funciones:

“El desempeño de tales tareas directivas se efectúa bajo la forma de una asignación de funciones, medida de buena administración que la autoridad debe adoptar, con el fin de atender las necesidades públicas o colectivas de una manera regular, continua y permanente, como lo ordenan los artículos 3° y 28 de la ley N° 18.575”⁹⁰.

En materia de encomendación de funciones:

“Al respecto, cabe anotar que según se prevé en el artículo 46 del citado decreto N° 136, de 2004, para integrar las comisiones en estudio se requiere que se trate de personas que posean previamente la calidad de empleados públicos de la pertinente Secretaría Regional Ministerial, de modo que dichas nominaciones no implican un nombramiento, sino una encomendación de funciones. De esta forma, dado que esa última figura reviste el carácter de una medida de buena administración que la autoridad adopta a fin de atender las necesidades públicas o colectivas de una manera regular, continua y permanente, tal como se ha precisado, entre otros, en el dictamen N° 79.763, de 2011, de este origen, no se encuentra afecta a toma de razón, por lo que no es posible acoger esa petición.”⁹¹

En materia de asignación de funciones propias de la planta:

“Por su parte, la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 50.095, de 2009 y 22.210, de 2012, ha precisado que la designación de un servidor en un ‘cargo genérico’ permite asignarle cualquier función propia de la planta a la que pertenece, estando tales personas obligadas a realizar las labores que les encomiende la superioridad jerárquica, de acuerdo a lo preceptuado en la letra f) del artículo 61 del Estatuto Administrativo. Asimismo, los dictámenes N°s. 56.812, de 2004; 10.053, de 2009 y 22.210, de 2012, han sostenido que la asignación de labores provisionales constituye una medida de buena administración destinada a dar continuidad al servicio público y atender las necesidades colectivas de una manera regular y permanente, tal como lo ordenan los artículos 3° y 28 de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.”⁹²

Este análisis jurisprudencial demuestra a simple vista, que los principios que componen el derecho a una buena administración pública se encuentran efectivamente consagrados no sólo

⁹⁰ Dictamen 57163/2014. En el mismo sentido: dictamen 34322/2011.

⁹¹ Dictamen 52322/2013.

⁹² Dictamen 50502/2013.

en la normativa chilena, sino que además han sido ampliamente reconocidos por la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema como de la Contraloría General de la República.

Cabe destacar que incluso se ha hablado en reiteradas ocasiones de la “buena administración”, especialmente por parte de la Contraloría General de la República, pero específicamente, respecto de la función pública y la administración de recursos públicos.

Tabla 2: Análisis comparativo de la jurisprudencia europea y chilena

	Europa	Chile
Derecho a obtener una resolución fundada	<p>“Considerando el artículo 25 del Estatuto de Personal, cualquier decisión individual que aplique el estatuto, debe ser comunicada por escrito a los funcionarios interesados y cualquier decisión adversa debe ser motivada.</p> <p>Que los elementos de dicha evaluación, se realizan en función no sólo de la competencia y el valor profesional de los interesados, sino también de su carácter, su conducta y su personalidad en general y va mucho más allá de la motivación, cuyos efectos también podrían ser perjudiciales para los candidatos no seleccionados.</p> <p>Es conveniente para el Tribunal exigir más rigor en el pleno respeto de las garantías relativas a un examen completo de los archivos de los candidatos” (Sur le quatrième grief, Arrêt 27-63, Recueil de la jurisprudence de la Cour, page.254-276, traducción libre).</p> <p>“En esta motivación debe constar de modo claro e inequívoco el razonamiento de la autoridad comunitaria de quien procede el acto impugnado, de modo que, por una parte, permita a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada para que puedan defender sus derechos y, por otra, permita al Tribunal ejercer su control” (párrafo 24 sentencia asunto C-269/90).</p>	<p>“Tal como se infiere de los artículos 11 y 41 de la ley N° 19.880, y de lo expresado por este Organismo Fiscalizador en sus dictámenes N°s. 18.055, de 2011 y 59.892, de 2015, el principio de juridicidad en un concepto amplio y moderno conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultarían arbitrarios y por ende ilegítimos” (Dictamen 75111/2015).</p> <p>Consta que la autoridad administrativa omitió expresar en detalle los motivos que incidieron en esa determinación, situación que contraviene lo prescrito en el inciso segundo del artículo 13 de la ley N° 18.575, de acuerdo con el cual “La función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella.” (Dictamen 96064/2014)</p> <p>Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario. (Considerando séptimo Rol 16790-91, Corte Suprema)</p> <p>La falta de una argumentación comprensible y coherente (...) así como también la ausencia de una justificación razonada (...) permiten concluir que tal acto – que claramente genera desigualdad de trato – debe ser calificado de arbitrario y vulneratorio de la garantía del N°2 del artículo 19 de la Constitución Política de la República (Undécimo téngase presente, Rol 100.691-2016, Corte Suprema).</p>

	Europa	Chile
Derecho a acceder a los expedientes administrativos	<p>“Mientras que el legislador comunitario no haya adoptado una normativa general sobre el derecho de acceso del público a los documentos que obran en poder de las Instituciones comunitarias, éstas deben adoptar las medidas que tengan por objeto la tramitación de tales solicitudes en virtud de su facultad de organización interna, que las habilita para adoptar medidas apropiadas con vistas a garantizar su funcionamiento interno en interés de una buena administración. (párrafo 37) Por consiguiente, en el estado actual del Derecho Comunitario, el Consejo está habilitado para adoptar medidas destinadas a tramitar las solicitudes de acceso a documentos que obran en su poder” (Sentencia del asunto C-58/94).</p>	<p>“La decisión adoptada por la autoridad, expresada en el acto invalidatorio impugnado, fue adoptada en contra de las disposiciones que regulan el ejercicio de tal facultad, conculcándose el principio de contradictoriedad, al privar a la actora (...) de la oportunidad de conocer el procedimiento invalidatorio iniciado, negándole la oportunidad de oponerse” (Corte Suprema, Rol 97.731-2016, sentencia de reemplazo, séptimo téngase presente).</p> <p>“sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional” (Dictamen 54138/2005)</p>
Derecho a audiencia	<p>“El derecho a ser oído en tal procedimiento administrativo exige que la parte interesada esté en situación, incluso ante el procedimiento que se desarrolla ante la Comisión, de definir su postura y manifestar eficazmente su punto de vista sobre la importancia de los hechos así como, en su caso, sobre los documentos en los que se basa la Institución comunitaria” (párrafo 25, sentencia asunto C-269/90).</p>	<p>“En tal contexto, no se advierten obstáculos para que esa normativa interna fije las obligaciones de los voluntarios que integran la Defensa Civil, las conductas que se estiman contrarias a los principios que rigen el accionar de esa entidad, los procedimientos destinados a tener por acreditadas dichas faltas y las sanciones que la gravedad de la falta amerite. En este último sentido, el régimen disciplinario de los voluntarios debe respetar las garantías de un justo y racional procedimiento, tales como el derecho a ser oído, a presentar pruebas y descargos y a impugnar las decisiones que estimen gravosas”. (Dictamen 57877/2015)</p> <p>“Su artículo 28° prevé que la pérdida de la acreditación se resolverá por el Jefe del Centro de Perfeccionamiento, Experimentación e Investigaciones Pedagógicas, previa investigación destinada a comprobar los hechos que se imputan al docente y que dan lugar a la pérdida, teniendo el afectado derecho a ser oído y oportunidad de defenderse”. (Dictamen 34598/15)</p>

Luego de esta comparación jurisprudencial podemos apreciar que el concepto de buena administración se ha utilizado en Europa como criterio de buen funcionamiento de la administración, no como un derecho hacia el ciudadano, a pesar de serlo igualmente.

Podemos destacar a su vez el parecido que existe entre las decisiones adoptadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con los órganos que ejercen control sobre la Administración en Chile. A pesar de que no se consagre el derecho a una buena administración, los criterios jurisprudenciales son los mismos y las formas de decidir caso a caso no varían en el fondo. Ambos sistemas protegen los principios que conforman el derecho a una buena administración. Esto demuestra, de una u otra forma, que este derecho no necesita estar sistematizado para que sea recogido en Chile, puesto que ya está siendo aplicado implícitamente.

Esta problemática es una manifestación, en palabras de BARNÉS, de la “relación entre cambio e innovación social por un lado y el derecho como sistema de control por el otro” (Barnés, 2012. p. 394) Porque como podemos apreciar en nuestra actualidad jurídica, a veces la jurisprudencia va un paso más adelante de la legislación, recogiendo criterios jurídicos modernos que no están explícitamente reconocidos. Y es que:

“aunque el Derecho se ha ocupado siempre de acompañar e, incluso, fomentar el cambio, la rapidez, continuidad e importancia del propio de la época actual están desbordando su capacidad para cumplir eficazmente tal función” (*Ibíd.*)

5. CONCLUSIONES

El análisis comparativo de la legislación y de la jurisprudencia, tanto europea como nacional, nos permite llegar a una serie de conclusiones que nos encaminan a vislumbrar si en Chile está o no consagrado el derecho a una buena administración:

Es necesario recordar que en la normativa chilena, no se reconoce explícitamente el derecho a una buena administración, como sí lo hacen las legislaciones europeas, el derecho comunitario europeo y el derecho administrativo global.

Desde la doctrina europea, parece bastante claro que la buena administración es, al menos un principio general del derecho, reconocido desde hace décadas por la jurisprudencia europea, el cual tiene el valor de mandato o deber para la administración comunitaria, y que luego fue positivizado a través de los tratados, hasta quedar bajo la cobertura formal de un “derecho fundamental”, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Países europeos tales como España y Francia, llevan el debate un paso más allá analizando la posibilidad de constitucionalizar el derecho a una buena administración (Viñuales, 2014. p. 329; Mendes, 2009. párrafo 10 y ss.).

El problema en Chile, se plantea desde la normatividad y el valor de este derecho, en el sentido de ¿cómo lograr la eficacia de un derecho o mandato que no está positivizado o sistematizado en nuestro ordenamiento jurídico ni en las Cartas de derechos humanos suscritas por nuestro país?

A lo largo de este trabajo, se ha logrado comprobar que todos los elementos que conforman la buena administración se encuentran efectivamente en normas jurídicas, dispersas en la legislación nacional y que al realizar un análisis comparativo entre el derecho a una buena administración, consagrado en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la normativa chilena, es posible concluir que en Chile, se reconocen los mismos derechos que se consagran en dicho artículo, y que todos han sido ampliamente reconocidos y protegidos por los tribunales de justicia, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República. Por lo tanto, es posible señalar que el derecho a una buena administración en Chile, tiene al menos una base normativa y jurisprudencial.

Podríamos decir a su vez, que nuestro ordenamiento jurídico sí consagra de cierta forma la idea de buena administración, al momento de configurar el interés general, al que debe propender la actividad administrativa. Es así como al establecer el art. 55 de la LOCBGAE no hace otra cosa que consagrar implícitamente el principio de buena administración, que como bien señala RHITA BOUSTA, tiene que ver con la equilibrada adaptación de los medios administración posee para lograr su objetivo, que es en definitiva el interés general.

Por lo tanto, idea de buena administración existe en Chile, pero no está sistematizada. El derecho a una buena administración constituye una relectura de derechos ya consagrados. Ahora bien, la consagración explícita y en clave de derecho fundamental conlleva una serie de consecuencias que a su vez es necesario plantear. Como bien señaló recientemente en Chile el profesor PONCE SOLÉ:

“necesitamos este derecho: impone una obligación jurídica de debida diligencia en la ponderación de hechos derechos e intereses relevantes. Es distinto a la proporcionalidad, que impone límites negativos a la administración. El derecho a una buena administración impone obligaciones en positivo”⁹³.

Por lo tanto, el reconocimiento de este derecho a una buena administración pública implica no solo una re-lectura de los derecho y principios ya establecidos en nuestra legislación, sino a su

⁹³ Seminario en Santiago de Chile, noviembre de 2016.

vez un cambio en los paradigmas desde los cuales leemos el derecho administrativo, desde la clásica visión de las potestades y privilegios de la administración hay que hacer un giro para poder mirar el derecho administrativo desde la clave de los derechos de los ciudadanos. El desafío global es la buena administración.

El consagrar este derecho, podría traer importantes consecuencias para nuestro ordenamiento jurídico y nuestro derecho administrativo en general. El que se reconozca un derecho a una buena administración en Chile podría alterar la regla general de legitimación activa para efectos de la revisión de las decisiones que tome la administración. El reconocer este derecho propiamente tal implica poder controlar no solo los límites de la administración sino el correcto cumplimiento de las obligaciones que conlleva la buena administración. Es “un gran tema el de la relación entre el control de la legalidad y los estándares de calidad de la actividad administrativa que espera la ciudadanía” (Vergara, 2012. p. 110).

Si bien en Chile, como ya hemos podido analizar, efectivamente es posible construir un derecho a una buena administración pública, ya sea desde la normativa constitucional como desde la normativa legal administrativa, no parece tan simple su reconocimiento. El problema está, en que la falta de sistematización del derecho administrativo nacional, en tanto existe una enorme cantidad de normas y una falta de orden lógico-racional del sistema en su conjunto, nos impide consagrar explícitamente este derecho, sin antes replantear el problema respecto de los fundamentos del derecho administrativo en general y los cambios de paradigmas y visiones respecto del mismo que se han producido las últimas décadas en Europa⁹⁴ y que sólo recientemente han sido recogidas por nuestro país, como demuestra la vasta jurisprudencia de la tercera sala de la Corte Suprema, especialmente de este año en curso.

Queda todavía un amplio espectro por explorar y con ello me refiero principalmente a lo que sucede entre la desprotección del derecho a una buena administración y el activismo y la interferencia indebida en el ejercicio de las potestades discrecionales que se controlan en sede judicial. El reconocer el derecho a una buena administración es una tarea necesaria. Sin embargo, para ello es necesario replantear el sistema de control de la administración, el cual carece de una sistematización necesaria para poder comprenderlo y abordarlo en su totalidad.

⁹⁴ En Alemania por ejemplo, se viene hablando desde los años 80 de “crisis, nuevas tendencias y cambios radicales, incluso de ruptura, en el edificio dogmático jurídico y hasta de una segunda fase del derecho público alemán”. Ver más en Barnés (2012).

Si resulta complicado u “oscuro” el análisis del sistema administrativo desde una perspectiva del antiguo paradigma de potestades y privilegios, aún más difícil puede resultar comprenderlo e implementarlo desde una clave en positivo, desde una perspectiva de derechos del ciudadano y del derecho a una buena administración. Como concluye PONCE SOLÉ:

“un Derecho moderno y abierto a nuevos paradigmas podrá enriquecerse, sin perder su personalidad y su función, de todas estas aportaciones para el diseño de incentivos y desincentivos que provengan de la mala administración y la corrupción y promuevan el buen gobierno y la buena administración” (Ponce Solé, 2016. p. 79).

El enfoque jurídico tradicional de cómo leer y entender el derecho administrativo estaba puesto en la observancia a la ley y el acto administrativo. Hoy en día vemos como ese enfoque se traslada hacia el procedimiento en la eficiencia. La mirada contemporánea del derecho administrativo está centrada en la gestión pública y en la obtención eficiente de resultados, la cual no debe ser mirada desde una óptica solamente jurídica, sino que además, comprende y acepta que los problemas del mundo de hoy hay que enfrentarlos desde distintas veredas y desde una pluralidad de disciplinas que abarcan desde la sociología, la economía, la política, la filosofía hasta el derecho. Para entender el derecho a una buena administración pública, es necesario cambiarse los anteojos desde los cuales se analiza el derecho administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA RODRÍGUEZ, C. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coord.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

BARNÉS, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global e Instituto Nacional de Administración Pública, 2012

BOUSTA, R., *Essai sur la notion de Bonne Administration en droit public*, París, L'Harmattan, 2010.

CADEMARTORI GAMBOA, D., *Buena administración y procedimientos de selección de contratistas: análisis de mecanismos jurídicos e informativos para alcanzar la eficiencia en las licitaciones públicas*, Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2009.

CARRILLO DONAIRE, J.A., Buena Administración ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo? En: PASTOR SANTAMARÍA (Coord.), *Principios jurídicos del derecho administrativo*, Madrid, La Ley, 2010.

CORDERO VEGA, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2015.

FERRADA BÓRQUEZ, J.C., Potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno, *Revista de Derecho*, vol. 20, núm. 2, 2007, pp. 69-94

HARLOW, C. Y RAWLINGS, R., *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

HAURIOU, M., *Précis de Droit Administratif*, II édition, Paris, Librairie du Recueil Général des Lois et Arrêts et du Journal du Palais, 1893.

HERNÁNDEZ, J.I., El concepto de administración pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 16, 2012, pp. 197-223.

MENDES, J., La bonne administration en droit communautaire et le code européen de bonne conduite administrative, *Revue française d'administration publique*, vol. 3, num. 131, 2009. pp. 555-571.

MIROSEVIC VERDUGO, C., La participación ciudadana en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental y las reformas introducidas por la Ley N° 20.417, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXVI, 2011, pp. 281 – 323.

MONTT, S., *Autonomía y responsividad: dos expresiones de la vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales*, Santiago de Chile, Centro de Regulación y Competencia (REGCOM), 2010.

PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

PEGORARO, L., ¿Existe un derecho a la buena administración?, en: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coord.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

PONCE SOLÉ, J., La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175, 2016, pp. 57-84.

PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Madrid, Editorial Lex Nova S.A., 2001.

RICCI, J.C., *Droit Administratif*, Paris, Editorial Hachette (supérieur), 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa, *Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Colombia*, núm. 6, 2014, pp. 23-56.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., *El derecho a una buena Administración para los ciudadanos: un modelo global de administración*, La Coruña, Editorial NetBiblo, 2013.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., El derecho fundamental a la buena administración de instituciones públicas y el Derecho Administrativo, en: ÁVILA RODRÍGUEZ, C.M. y GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. (Coord.), *El derecho a una buena administración y la ética pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2003.

SCHMIDT-ASSMANN, E., Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo, en: BARNÉS, J. (Ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla, Editorial Derecho Global e Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

TOMÁS MALLÉN, B., *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

VERGARA BLANCO, A., El rol de la Contraloría General de la República: desde el control de legalidad a los nuevos estándares de buena administración, en: *Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*, 2012.

VIÑUALES FERREIRO, S., La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo?, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 27, 2014, pp. 321-340.